3 1761 06739919 6

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Fünften Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1798.

K
LIBRARY
NOV 23 1910
UNIVERSITY OF TORONTO
CE475A8
T2.5
Pam. 1
Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Toronto
http://www.archive.org/details/ausfhrlicheerl03gl

Lib. II. Tit. XV.

De Transactionibus.

§. 345.

Begriff eines Transacts. Iſt der Vergleich ein bloſer Vertrag, oder ein Contract?

Eine Art von Verträgen ſind die Vergleiche oder Transacte, welche auch gütliche Verträge genennt werden. Daher haben die Verfaſſer der Pandecten dieſe Materie mit der Lehre von Verträgen verbunden. Es iſt auch ſehr wahrſcheinlich, daß der Prätor in ſeinem Edicte de pactis zugleich von Transactionen gehandelt habe. Noodt [1]) hat dieß wenigſtens ganz überzeugend dargethan.

1) In lib. ſing. ad edictum praetoris de pactis et transactionibus Cap. 3. Auſſer Noodt iſt die Lehre von Transacten von mehreren Rechtsgelehrten bearbeitet worden. Unter den ältern zeichnen ſich *Em. Rom.* VALERONIUS, *Ioſ.* URCEOLUS, und *Arn.* VINNIUS aus, deren Tractatus de transactionibus auch LIPENIUS in Biblioth. reali iurid. ſub v. *Transactio* anführt. Unter den neuern ſind zu empfehlen: GUNDLING D. ſingularia de transactionum ſtabilitate et inſtabilitate capita contin. *Halae* 1719. rec. 1757. *Franc.* ALEF Diſſ. de transactione. *Heidelbergae* 1738. (in EIUS *diebus academ.* ſ. *Opuſcul.* Diſput. IX. p. 275. ſqq.) und Lebrecht Auguſt Renthe Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der Lehre von den Transacten. Roſtock und Leipzig 1789. 8. Die Geſetze dieſes Titels der Pandecten erläutern CUJACIUS, FERRETUS, (in *Operib.*) WAECHTER,

gethan. Unter einem Vergleiche verſteht man gewöhnlich einen ſolchen Vertrag, wodurch ein entweder ſchon wirklich entſtandener oder auch nur bevorſtehender Rechtsſtreit unter den Partheyen dadurch beygelegt oder verhütet wird, daß beyde Theile etwas von ihren Forderungen nachlaſſen. Dieſen Begriff nimmt auch unſer Verfaſſer an. Allein daß ſelbiger viel zu eingeſchränkt beſtimmt werde, läßt ſich leicht erweiſen. Zwar iſt es immer eine weſentliche Eigenſchaft des Vergleichs, daß die Sache oder Forderung ungewiß und zweifelhaft ſeyn müſſe, worüber tranſigirt wird [2]); und es iſt auch wohl nicht zu läugnen, daß ein Vergleich gewöhnlich in der Abſicht geſchloſſen wird, um entweder einen bereits entſtandenen Rechtsſtreit aufzuheben, oder einem noch bevorſtehenden vorzubeugen. Allein daß ſich dennoch auch ein Vergleich ganz ohne dieſe Abſicht in einem ſolchen Falle gedenken laſſe, wo noch zur Zeit nicht einmal ein Proceß befürchtet wird, hat ſchon Voet [3]) bemerkt. Die Geſetze ſelbſt geben uns davon verſchiedene Beyſpiele. So kann ja einmal mein Recht oder meine Forderung noch von der Exiſtenz einer zufälligen Bedingung abhängen. Z. B. es iſt mir eine Erbſchaft unter der Bedingung, wenn der directe Erbe ohne Kinder verſterben würde, als ein Fideicommiß vermacht worden. Hier

LER, (in *Opuſcul. a* TROTZ *edit.* pag. 710. ſqq.) und POTHIER (in *Pandect. Iuſtin.*) die Geſetze des Tit. Cod. de Transact. aber CUJACIUS Recitat. ad Tit. Cod. de transact. und *Franc.* HOTTOMANNUS in Commentar. in Tit. Cod. de pactis et transactionibus.

2) *L.* 1. *D. h. t.* Qui tranſigit, quaſi *de re dubia*, et *lite inſerta*, neque finita, tranſigit.

3) In Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10.

Hier findet ob eventum conditionis incertum allerdings ein Vergleich ſtatt [4]). Man ſetze ferner, meine Forderung hänge von der ungewiſſen Dauer meines Lebens ab; in dieſer Hinſicht kann z. B. über lebenslänglich abzureichenden Alimente, worüber unter den Partheyen gar kein Streit iſt, ein Vergleich geſchloſſen werden [5]). Ein Vergleich oder Transact iſt alſo vielmehr ein ſolcher Vertrag, wodurch die Partheyen ein entweder unter ihnen wirklich ſtreitig oder auch nur ſonſt zweifelhaft geweſenes und ungewiſſes Recht dergeſtalt beſtimmen, daß wechſelſeitig etwas gegeben, oder nachgelaſſen, oder verſprochen wird [6]); oder wie Anton Schulting [7]) ſagt: *Transactio* eſt conventio, qua res dubia vel controverſa, aliquo dato, rentento, vel promiſſo, terminatur. Es erhellet hieraus, 1) daß ein Vergleich in einer zweyfachen Rückſicht geſchloſſen werden könne; entweder a) wegen des ungewiſſen Ausganges eines bereits entſtandenen oder auch nur zu befürchtenden Proceſſes; oder b) wegen der Ungewißheit der Präſtation ſelbſt,

4) *L. 1. L. 16. Cod. de pactis.* Man ſehe NOODT de pactis et transact. Cap. 3. §. *Idem eſſe* etc. (*Oper.* Tom. I. pag. 493.) und *Ferd. Chriſtph.* HARTPRECHT Diſſ. de transactione ſuper fideicommiſſo, inter perſonas ad illud vocatas. (in EIUSDEM Diſſertation. academicar. Volum. II. Nr. LIV. pag. 271. ſeqq.)

5) L. 8. *D. de Transact.*

6) Ueber den Begriff eines Vergleichs ſehe man WOLTAER Obſervat. iuris. civ. et Brandenburg. Faſcic. I. Obſervat. 20. und *Matth. de* LUTZENBERGER Diſſ. exhib. transactionis notionem, eamque incundi modos ex iuris Rom. principiis, praeſide *Chriſt.* GMELIN def. *Tubingae* 1795. 4.

7) in Enarrat. part. primae Digeſtor. h. t. §. 2.

ohne einige Beziehung auf Proceß [8]) 2) Der Zweck eines Transacts iſt, daß das ungewiſſe Recht gewiß gemacht, alſo der Streit entſchieden, oder ein Proceß verhütet, oder ſonſt die Ungewißheit einer Forderung gehoben werde; und zwar 3) dadurch, daß gegenſeitig etwas gegeben oder erlaſſen, oder verſprochen wird; denn ohnedieß iſt kein eigentlicher Vergleich denkbar [9]). Zuweilen nehmen zwar die Geſetze das Wort *Transactio* in einer ſo weitläuftigen Bedeutung, daß darunter jede Uebereinkunft der Partheyen, welche auf die Beylegung oder Entſcheidung eines Rechtsſtreits abzweckt, verſtanden wird. In dieſer Bedeutung wird daher auch die Eidesdelation, ferner das Compromiß, wodurch die Partheyen ſich vereinigen, einen Schiedsrichter in ihrer Sache zu beſtellen, als eine Art von Transact angeſehen [10]). Es ſind indeſſen beyde Geſchäfte von einem eigentlichen Transact doch immer darin weſentlich unterſchieden, daß hier zur Entſcheidung des Rechtsſtreits von den Partheyen gegenſeitig weder etwas gegeben, noch nachgelaſſen, noch verſprochen wird.

Uebrigens iſt es unter den Rechtsgelehrten ſtreitig, ob die Transaction nach dem römiſchen Rechte ein bloſer Vertrag, oder ein Contract ſey [11])? An ſich betrachtet, war

8) *Io.* D'AVEZAN Conttactum libr. I. cap. 2. §. *Quaeri autem* (in *Theſ. Meermannian.* T. IV. pag. 10.)

9) *L.* 38. *Cod. h. t.* Transactio, nullo dato, vel retento, ſeu promiſſo, minime procedit.

10) *L.* 2. *D. de iureiur. L.* 31. *de fin. D. eodem.*

11) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 2. *Pet.* BELLOIUS varior. iur. civ. Lib. I. cap. 4 (in *Theſ. Meermann.* Tom. IV. pag. 676.) FACHINAEUS Lib. I. controverſiar. iur. civ.

war wohl freylich der Transact nur ein bloser Vertrag; er konnte indessen doch auch in der Form einer Stipulation, oder als ein unbekannter Contract geschlossen, und in dem erstern Falle die actio ex stipulatu [12]), in dem zweyten aber die actio praescriptis verbis angestellt werden, wenn nämlich einer von den Transigenten seiner Seits den Vergleich bereits erfüllt hatte [13]). Nur fand die sonst bey unbenannten Contracten zulässige Reue alsdann keine Statt, wenn der Vergleich die Absicht hatte, einen Rechtsstreit aufzuheben, oder einem Rechtsstreite vorzubeugen [14]). Ausserdem wurde der

civ. cap. 10. CORASIUS Miscellaneor. Lib. I. cap. 23. *Ios. Fernand de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. V. nr. 21. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 101.) besonders *de* LUTZENBERGER cit. Diss. § 2.

12) *L.* 6. *Cod. h. t. L.* 33. *Cod. eodem.*

13) *LL. cit* 6. *et* 33. *C. h. t. de* RETES cit. loc. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. III. Cap. 8. nr. 7. et 8. NOODT de pactis et transactionib. Cap. XIV. §. 4. et 5. (*Oper.* Tom. I. pag. 525 seq.) VOET in Comm. h. t. § 1. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 3. et 30. Die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche, wie MADIHN in Princip. iur. Rom. P. II. §. 242. die Transaction für einen prätorischen Vertrag, oder, wie WOLTAER. c. l. p. 114. dieselbe sogar für einen Quasi-Contract halten wollen, läßt sich also wohl schwerlich vertheidigen.

14) *L.* 39. *Cod. h. t. L.* 1. *Cod. fam. erciss. L.* 6. *Cod. de iuris et facti ignor. L.* 65. §. 1. *D. de condict. indeb.* Causas enim transactionibus legitimis semel finitas, ne imperiali quidem rescripto resuscitari oportet. *L.* 16. *Cod. h. t. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. I. nr. 10. et 11. et Sect. III. Cap. I. nr. 6. Zwar ist *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Quaest. 15. anderer Meinung; allein ich kann ihm nur in dem

Vergleich als ein bloser Vertrag angesehen, welcher an sich nach dem römischen Rechte nur eine Exception gab, wenn demselben zuwider etwas verlangt wurde, aber keine Klage begründete, womit man direct auf die Erfüllung des Vergleichs hätte dringen können [15]). Daß jedoch nach heutigen Rechten jeder Vergleich, wenn er nur sonst auf eine rechtsgültige Art ist eingegangen worden, eine klagbare Verbindlichkeit bewirkt, ist nach dem Zeugniß der berühmtesten practischen Rechtsgelehrten auser allem Zweifel [16]).

§. 346.

In wiefern ist die Scriptur beym Transact nöthig? Zeit des Vergleichs? Betrug hindert den Transact.

Ein Vergleich erfordert nun, wie jeder andere Vertrag, die Einwilligung der Partheyen. Ist diese auf eine rechtsverbindliche Art erklärt worden, so besteht der Vergleich, ohne daß die Partheyen darüber etwas schriftlich aufgesetzt haben [17]). Geschiehet es dennoch, so dient ein solcher

Falle Recht geben, wenn von einem solchen Vergleiche die Rede ist, welcher ohne Beziehung auf einen Rechtsstreit, z. B. ob incertum fideicommissi eventum, geschlossen worden; wie auch HARPPRECHT in Diss. cit. de transactione super fideicommisso inter personas ad illud vocatas §. 31. sehr richtig bemerkt hat. Man sehe auch EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not k. pag. 280.

15) *L.* 21. *Cod. de pactis. L.* 28. *Cod. de transact.* NOODT de pact. et transact. Cap. 14. §. 2. et 3.

16) *Jo.* SCHILTERI praxis iuris Rom. Exercit. IX. §. 3. in fin. und *Sam.* STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 2.

17) *L.* 5. *Cod. h. t.* Licet nullum instrumentum interceserit; tamen, si de fide contractus constet, scriptura, quae probationem

cher schriftlicher Aufsatz insgemein nur zum Beweis; vorausgesetzt, daß deutlich daraus zu ersehen ist, worüber und auf welche Art sich die Partheyen eigentlich verglichen haben [18]). Zur Gültigkeit eines Transacts ist also die Scriptur nicht nöthig, wofern nicht etwa die Partheyen unter sich ausgemacht haben, daß sie einen schriftlichen Vergleich errichten wollen, welches im Zweifel nicht vermuthet wird, sondern jederzeit von dem erwiesen werden muß, welcher behauptet, daß die Gültigkeit des Vergleichs von dem schriftlichen Aufsatze abhängig sey [19]). So wenig nun die Zeit an sich auf die Gültigkeit des Vergleichs Einfluß hat, so daß ein Transact eben so gültig zur Nachtzeit [20]),

nem rei gestae continere solet, necessaria non est. *L.* 28. *C. eodem.* Sive apud acta, sive sine actis, scriptura intercedente vel non, transactio interposita est; hanc servari convenit.

18) *L.* 38. *C. h. t.* GAIL Observat. pract Lib. II. Obs. 13. nr. 7. et Obs. 71. nr. 3. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 1. in fin.

19) Renthe in dem angef. Versuche §. 12. S. 18.

20) *L.* 20. *Cod. de transact.* wo die Kr. Diocletian und Maximian an eine gewisse Antistia folgendermaßen rescribiren: Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum iudicatarum esse, recta ratione placuit. Siquidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea, quae placuerant, custodiri. Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc *secunda hora noctis* interceßisse proponas: *cum nullum tempus sanae mentis maioris viginti quinque annis consensum repudiet.* Vielleicht hatte die Verordnung der 12. Tafel Gesetze: Sol occasus suprema tempestas esto; der Antistia zum Vorwand gedient, um den zur Nachzeit geschlossenen Transact als ungültig anzufechten, oder daß es damalen überhaupt nicht erlaubt gewesen, nächtliche Zusammenkünfte zu halten? Der eigentliche

als an Sonn- und Festtagen geschlossen werden kann [21]); so ist doch übrigens die Einwilligung bey Schliessung eines Vergleichs von so grosser Wichtigkeit, daß alles, was den Consens hindert, auch der Gültigkeit des Transacts im Wege steht. Hieraus folgt, daß ein Vergleich ungültig ist, wozu ein Theil den andern durch Betrug verleitet hat [22]). Zwar mußte der Betrogene nach dem röm. Rechte actione doli die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn der Vergleich mittelst einer Stipulation war eingegangen worden, wofern sich der Betrogene nicht mit der Clausel: dolum malum abfuturum, ausdrücklich vorgesehen hatte [23]). Allein da dieses bloß auf die Grundsätze des röm. Rechts von stricti iuris Contracten seine Beziehung hat, welche h. z. T. keine Anwendung mehr finden, so ist nach heutigem Rechte ein solcher Vergleich ipso iure nichtig, wozu der Betrug des andern Theils die Veranlassung gegeben, dahingegen ein dolus incidens den Transact nicht schlechterdings aufhebt. Ueberhaupt treten hier die nämlichen Grundsätze ein, die schon oben (§. 296.) von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen sind vorgetragen

liche Grund, aus welchem der Vergleich angefochten wurde, läßt sich nicht errathen. Man sehe übrigens *H. van* IDSINGA Varior. iuris civ. Cap. 9. PÜTTMANNI Probabil. iuris civ. lib. II. cap. 4. und *Mich. Frid.* ABEL Observat. iuris (*Wirceb.* 1788.) Obs. 2.

21) *L. fin. Cod. de feriis.*

22) *L.* 9. §. 2. *D. de Transact. Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 15. *Christ. Henr.* BREUNING Diss. iur. civ. de causa doli in transactione. *Lipsiae* 1755. Cap. IV.

23) *L.* 4. *L.* 19. *Cod. h. t. God. Lud.* MENCKEN D. de transactione ex falsa causa. *Vitemb.* 1717. §. 20. seqq.

gen worden. Iſt ein Vergleich durch falſche Urkunden veranlaßt worden, ſo wußte entweder der Producent, daß ſie untergeſchoben ſind, oder er wußte es nicht, ſondern hielt ſie, ſo wie der andere Tranſigent, für ächt. In beyden Fällen iſt der Transact ungültig, und er kann in dem erſten Falle ex cauſa doli, in dem andern aber ex cauſa iuſti erroris angefochten werden, wenn gleich die Aufrechthaltung deſſelben eidlich wäre zugeſagt worden [24]).

§. 347.

Zwang findet beym Transact der Regel nach nicht ſtatt. Kann der Richter eine Parthey zum Vergleich nöthigen?

Eben ſo gewiß iſt es auch, daß Furcht und Zwang einen Vergleich, wie jeden andern Vertrag, ungültig macht [25]). Auch ſelbſt kein Richter hat der Regel nach das Recht, eine ſtreitende Parthey zur Annehmung der Vergleichsvorſchläge zu zwingen, welche der Gegentheil oder er ſelbſt ihr gethan hat [26]). Der Richter iſt zwar

24) *L.* 42. *Cod. h. t.* DONELLUS in Commentar. ad h. L.

25) Daß jedoch nicht jede Furcht hinreichend ſey, einen Vergleich als ungültig anzufechten, lehrt *L.* 13. *Cod. de Transact.* wo es heißt: Interpoſitas metus cauſa transactiones ratas non haberi. Edicto perpetuo continetur. Nec tamen quilibet metus ad reſcindendum ea, quae conſenſu terminata ſunt, ſufficit; ſed *talem metum probari oportet, qui ſalutis periculum, vel corporis cruciatum contineat.* S. *Car. Frid.* WALCH Diſſ. de transactionibus propter timorem litis interpoſitis. *Ienae* 1766. §. 16.

26) *Nov.* 124. *cap.* 4. *L.* 41. *Cod. h. t. Receſſ. imp.* de a. 1512. P. 2. §. 8. Reichshofr. Ordnung Tit. 2. §. 4. S. *Aug. Bern.* EBERWEIN D. de Transactione cogenda. *Alt.* 1708. *Sam. Frid.* WILLENBERG D. de neceſſitate ad tranſigendum impoſita,

in

allerdings befugt, ja sogar verbunden, die Partheyen bey einer jeden schicklichen Gelegenheit zu einer gütlichen Auskunft zu bewegen, und diese Pflicht liegt ihm besonders bey der ersten Zusammenkunft der beyden streitenden Theile vor Gericht ob, weil in dem Fortgange des Processes nicht selten die Erbitterung unter ihnen in einem solchen Grade wächst, daß aller weitere Versuch einer gütlichen Auseinandersetzung vergeblich ist [27]). Allein soweit erstreckt sich doch die Gewalt eines Richters nie, daß er, um einen Vergleich unter den Partheyen zu Stande zu bringen, sich übermässiger Ueberredungen, oder unzulässiger Bedrohungen, oder anderer ungebührlicher Zwangsmittel bedienen dürfte [28]). Es kann daher auch die richterliche Commination, daß der gethane Vergleichsvorschlag, im Falle die Erklärung darauf in dem deßhalb bestimmten Termin von Seiten der

in EIUS *Selectis iurisprud. civ.* f. *Exercitat. Sabbathin.* P. II. Exerc. LXI. *Io. Casp.* HEIMBURG D. de transactione iudiciali invita. *Ienae* 1746. und *Sixt Iac.* KAPF D. de transactione imperata. *Tübing.* 1761.

27) Jüngster Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 110. Reichs-Hofraths-Ordn. Tit 2. §. 5. S. *Io. Christ.* ZINCK D. de amicabili compositione et in specie de transactionibus. *Marb.* 1741. *Paul. Wilh.* SCHMIDT D. de officio et prudentia iudicis circa amicabilem litium compositionem. *Ien.* 1747. *Ern. Mart.* CHLADENII Observationes de compositione amicabili. *Vitemb.* 1768. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß 2. Th. §. 146. ff. Gmelins und Elsässers gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle 4. Band Nr. XVII. S. 239. f.

28) Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 321. Not. g. S. 205.

der Partheyen nicht erfolgen würde, für angenommen gehalten werden solle, von keiner rechtlichen Wirkung seyn, indem vielmehr von demjenigen, der sich auf einen solchen Vorschlag nicht erklärt, anzunehmen ist, daß er damit nicht zufrieden sey, sondern lieber die Sache im Wege Rechtens ausmachen wolle. Der Richter kann zwar wohl eine solche Parthey, welche ihre Erklärung auf den ihr communicirten Vergleichsvorschlag in dem anberaumten Termin nicht erstattet, in die Vergütung der Unkosten verurtheilen, und einen neuen Termin, allenfalls unter Androhung unter Geldstrafe, bestimmen [29]), allein dazu ist er keineswegs befugt, den geschehenen Vergleichsvorschlag in contumaciam für eingegangen anzunehmen. Nur in dem seltenen Falle, da der verworrenen Umstände und mangelnden Nachrichten halber es fast unmöglich ist, die Sache genau zu entscheiden, oder wo die weitere Untersuchung der Streitsache schon an sich selbst offenbar mehrere Kosten nach sich zieht, als der Gegenstand des Streits ausmacht, oder wo sonst das gemeine Beste die Beylegung eines Streits nothwendig macht, behauptet man, daß der Richter die Partheyen zur Eingehung eines Vergleichs nöthigen, und also, wie man sagt, durchgreifen dürfe [30]). Allein wenn auch ein solches Verfahren des Richters unter den bemerkten Umständen gar wohl gerechtfertiget werden kann [31]), so

29) Claproth in der angef. Einleitung §. 149. S. 161.

30) Strubens rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 66. S. 167. EBERWEIN cit. Diss. Cap. II. §. 5. Claproth in der angef. Einleitung §. 153. KAPF cit. Diss. §. 7. Renthe §. 17.

31) Die *L.* 13. §. 3. *D. de Usufr.* und *L.* 21. *D. de reb. credit.* worauf sich insgemein bezogen wird, reden zwar eigentlich nicht

so ist doch eines Theils dergleichen Entscheidung nicht sowohl als ein Vergleich anzusehen, weil es hier an der freien Einwilligung der Partheyen fehlt, ohne die sich doch kein Vergleich denken läßt, sondern sie gilt allenfalls nur wie unser Verfasser sagt, als eine decisio litis ex aequo et bono brevi manu facta [32]); andern Theils aber kann auch wohl eine solche Gewalt nicht einem jeden Richter, der nicht zugleich den Landesherrn selbst repräsentirt, oder nicht wenigstens ein Landesgesetz für sich hat [33]), eingeräumt werden, indem vielmehr dem Unterrichter in solchen Fällen, wo um des gemeinen Bestens willen ein Schritt geschehen soll, der von der Regel des gemeinen Rechts abweicht, an den Landesherrn oder den Oberrichter, mit Einsendung der Acten, Bericht zu erstatten obliegt [34]). Erlaubt sich der Richter, die Partheyen zum Transact zu zwingen, ohne daß ihm die Gesetze diese Gewalt ertheilen, so ist nicht nur sein Verfahren nichtig, sondern er kann auch dieserhalb von den Partheyen actione iniuriarum belangt werden.

§. 348.

nicht vom Vergleich, wie HEIMBURG cit. Diss. §. 37. seqq. gezeigt hat; allein sie können doch analogisch allerdings zum Beweis gebraucht werden.

32) SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. IX. §. 25. HEIMBURG cit. Diss. §. 73.

33) Ein Beispiel giebt die Cellische Canzleyordnung Art. 2.

34) MEVIUS P. I. Decis. 224. Not. 14. *Ferd. Christoph.* HARPPRECHT Disp. de transactione iudiciali §. 8. (in EJUSD. *Dissertat. academ.* Vol. I. Disp. VII. p. 249.) Claproth a. a. O.

§. 348.

In wiefern macht Irrthum den Vergleich ungültig?

So gewiß es nun iſt, daß bey Schlieſſung eines Transacts weder Betrug noch Zwang vorkommen darf, wenn der Vergleich nicht ungültig ſeyn ſoll, ſo ſehr wird im Gegentheil darüber geſtritten, ob und in wiefern der Irrthum dem Vergleich im Wege ſtehe[35]). Man darf ſich auch hierüber eben nicht wundern. Denn bedenkt man einer Seits, daß doch zur Gültigkeit eines Vergleichs eben ſo, wie zu einem jeden andern Vertrage, die Einwilligung der Partheyen erfordert wird, der Irrthum aber der Einwilligung offenbar zuwider iſt[36]); ſo ſollte man faſt denjenigen Recht geben, welche behaupten, daß der Irrthum einen Vergleich ſo, wie jeden andern Vertrag, ungültig mache[37]). Allein erwägt man auf der andern Seite, daß der Transact eben darin etwas beſonders vor allen andern Verträgen hat, daß er jederzeit eine

35) Eine ſehr gründliche Abhandlung über dieſe Frage iſt des D. *Mart. Guil.* GOETZ Commentat. iur. civ. de errore in transactionibus recte aeſtimando. *Altorfii* et *Norimbergae* 1797. 4.

36) *L.* 15. *D. de iurisdict. L.* 20. *D. de aqua et aquae pluv. art. L.* 116. §. 2. *D. de Reg. iur. L.* 9. *Cod. de iur. et facti ignor. L.* 36. *D. famil. erciſc.*

37) S. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 32. BOEHMER in iure Digeſtor. h. t. §. 3. WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Digeſtor. §. 35. SCHULTING in Enarrat. partis prim. Digeſtor. h. t. §. 20. *God. Lud.* MENCKEN Diſſ. de transactione ex falſa cauſa. *Vitemb.* 1717. §. 9. et 10. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim XLVII. med. 8. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. III. membr. 2. §. 8. u. a. m.

eine zweifelhafte Sache voraussetzt, und daher schon selbst die Natur des Geschäfts es nicht so leicht zuläßt, daß um eines bloßen Irrthums willen, wobey dem andern Theil keine Gefährde zur Last fällt, ein Vergleich angefochten werden könne, weil sichs kaum gedenken läßt, daß bei einer zweifelhaften und dunkeln Sache nicht ein oder der andere Theil irren sollte, und der Vergleich eben dazu dienen soll, die genauere Erörterung der Sache, wodurch die Dunkelheit gehoben werden konnte, zu vermeiden; so scheint die entgegengesetzte Meinung derjenigen, welche den Irrthum durchaus nicht als eine Ursache gelten lassen wollen, aus welcher ein bona fide abgeschlossener Vergleich wieder aufgehoben werden könnte, mehr Beyfall zu verdienen [38]). Selbst die Gesetze sagen es ausdrücklich, daß nicht in jedem Falle, wo ein anderer Vertrag eines vorgegangenen Irrthums wegen angefochten werden könnte, auch deßhalb die Rescission eines Vergleichs statt finde, und geben dabey deutlich genug zu verstehen, daß hier der Schluß von Verträgen auf Transacte nicht schlechthin anwendbar sey. Denn so rescribiren z. B. die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** [39]): *Si non transactionis causa*, sed indebitam, errore facti, olei materiam vos Archantico *stipulanti spopondisse*, Rector provinciae animadverterit, reddito, quod debetis, residui liberationem condicentes audiet; sie setzen hier als ganz bekannt voraus, daß, wenn Etwas aus einem errore facti ohne Schuldigkeit

38) **Dieser Meinung sind besonders** LUDOVICI in doctrina Pandectar. h. t. §. 7. **und** *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 1. et 3.

39) *L. 6. Cod. de iuris et facti ignor.*

digkeit versprochen worden, aus einer solchen Stipulation keine Verbindlichkeit entstehe, daß hingegen ein solcher Irrthum einem Vergleiche seine Kraft im mindesten nicht entziehe; ja es wollen diese Kaiser ein für allemal nicht, daß ein bona fide abgeschlossener Vergleich wieder aufgehoben werde, wenn auch gleich hernach durch neu aufgefundene Urkunden der vorgegangene Irrthum augenscheinlich dargethan werden könnte [40]). Gesetzt also, daß der eine Theil in der ganz ungegründeten Besorgniß gestanden hätte, als ob über die Sache vielleicht ein Streit entstehen könnte, über welche der Vergleich geschlossen worden ist, so ist dennoch ein solcher Irrthum, wenn er auch hernach entdeckt wird, dem Transact unschädlich [41]); genug, wenn nur der

34) *L.* 19. *C. h. t.* Sub praetextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam rescindi iura non patiuntur. *Io. Pet. de* LUDEWIG, welcher in seinem Paradoxo pro iure retractandi transactionem novis instrumentis repertis. *Halae* 1704. (Tom. I. *Opuscul. miscellan.* pag. 964.) das Gegentheil zu behaupten sucht, will zwar diese L. 19. blos von den Fällen verstehen, da entweder die producirten neuen Documente falsch sind, oder wenigstens dem Vergleiche die allgemeine Clausel beygefügt worden ist, daß durch denselben alle und jede Rechtsgründe, die auch etwa noch künftig sich ergeben möchten, getilgt und abgethan seyn sollten, folglich auf die noch nachher gefundenen Urkunden schon zum voraus Verzicht geleistet worden ist. Allein diese irrige Meinung ist schon längst von *Franc. Iust.* KORTHOLT in Diss. de rescissione transactionis ob reperta nova instrumenta. *Giessae* 1756 Cap II. § 4 seqq. gründlich widerlegt worden. Man vergleiche auch *Aug. Cornel.* STOCKMANNI Diss. de transactionibus ob noviter reperta instrumenta non rescindendis. *Lipsiae* 1793.

41) *L.* 65. §. 1. *D. de condict. indeb. L.* 2. *Cod. de Transac.*

der Transigent, den die Furcht vor einem Proceß zum Vergleich bestimmte, die Sache seiner Seits für zweifelhaft hielt, und dem andern Theil kein dolus dabey zur Last fällt [42]). Dessen ungeachtet läßt sich aber doch nicht ohne alle Ausnahme behaupten, daß der Irrthum auf keine Weise dem Vergleich im Wege stehe. Denn die Gesetze enthalten allerdings mehrere Fälle, wo der Vergleich des Irrthums wegen mit vollkommenen Grunde angefochten werden kann. Dahin gehört, wenn der Vergleich durch falsche Urkunden veranlaßt worden ist, welche beyde Theile für richtig hielten [43]); ferner wenn bey einem allgemeinen Transact, der über ein gewisses Genus geschlossen worden, gewisse dazu gehörige Individuen aus Irrthum für das Eigenthum eines Dritten darum gehalten worden sind, weil sich dieselben zur Zeit des errichteten Vergleichs in seinen Händen befanden [44]); oder wenn man sich mit einem Haupt-

42) *L. cit. 65.* — Sin autem *evidens calumnia* detegitur, *et* transactio imperfecta est, *et* repetitio dabitur, wie Haloander richtiger liest. S. NOODT Observat. Lib. II. cap. 16. und de pactis et transact. Cap. 3.

43) *L. 42. C. h. t.* Sollte sich nur ein Theil des Vergleichs auf ein solches aus Irrthum für richtig gehaltenes Document gründen, so ist in den übrigen Puncten der Transact für ungültig nicht zu halten, wie das angeführte Gesetz in den Worten bestätiget: Ita tamen, ut, si de pluribus causis vel capitulis transactiones initae fuerint, illa tantummodo causa vel pars tetractetur, quae ex falso instrumento composito convicta fuerit: aliis capitulis firmis manentibus. S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 2. Bandes 4. Th. Resp. CCXXXVII. nr. 42.

44) *L. 29 Cod. h. t.* — Error circa proprietatem rei, apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constitutae, nihil potest nocere. S. DONELLUS in Comm. ad h. L. nr. 7.

Haupterben über einen Erbanspruch verglichen, ohne zu wissen, daß der Erblasser zu unserm Vortheil ein Codicill gemacht hatte, welches nachher erst aufgefunden worden ist[45]); deßgleichen wenn sich der Transact auf einen Rechnungsfehler gründet[46]); endlich wenn der Irrthum die Person desjenigen betrift, mit welchem der Vergleich geschlossen worden ist; z. B. wenn ich mich einer Erbschaft wegen mit dem verglichen habe, welchen ich für einen Verwandten und Intestaterben des Verstorbenen hielt, der

45) *L. 3. §. 1. L. 12. D. h. t.* Es läßt sich nicht behaupten, daß diesen Gesetzen durch die *L. 19. C. de Transact.* sey derogirt worden. Denn in diesem letztern Gesetz ist nur von solchen neu aufgefundenen Urkunden die Rede, welche den streitig oder zweifelhaft gewesenen Gegenstand betreffen, worüber der Vergleich geschlossen worden ist. Allein die angeführten *L. 3. u. L. 12. h. t.* reden von solchen Codicillen, worin den Transigenten noch ein neu Vermächtniß ist hinterlassen worden, welches von dem Erbanspruche, den derselbe aus dem Testamente machte, ganz verschieden ist, und worauf also auch der Vergleich nicht gezogen werden kann, weil daran kein Theil gedacht hatte. S. GOETZ cit. Commentat. §. 21.

46) *L. un. Cod. de errore calculi.* Wäre jedoch der Vergleich über die streitige Rechnung selbst geschlossen worden, so kann derselbe wegen angeblicher in der Rechnung entdeckter Unrichtigkeiten nicht angefochten werden, wofern solche nicht etwa durch einen Betrug des andern Theils wären veranlaßt worden. S. PEREZ Praelect. in Cod. Tit. de errore calculi. GIPHANIUS in Explanat. difficilior. Legum Cod. ad L. un C. de err. calculi p. 73. WERNHER select. Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 427. Hiermit stimmt auch das allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten 1. Th. 16. Tit. §. 429. 430. u. 431. überein.

der es aber nicht ist, ob er sich gleich selbst bona fide dafür hielt [47]). Da nun also die Gesetze in einigen Fällen die Rescission eines Vergleichs aus dem Grunde eines vorgegangenen Irrthums zulassen, in andern aber dieselbe nicht gestatten, so haben verschiedene Rechtsgelehrte versucht, diese in den Gesetzen vorkommende Fälle auf gewisse allgemeine Regeln zu reduciren, um daraus beurtheilen zu können, welcher Irrthum dem Vergleiche schädlich und welcher demselben unschädlich sey. Zu dieser Parthey, welcher man den Namen der ICtorum hercisciundorum geben könnte, gehört nun vorzüglich unser Autor [48]). Er glaubt nämlich, daß es zuförderst darauf ankomme, ob sich beyde Theile irren, oder ob der Irrthum nur auf einer Seite vorhanden ist. Im ersten Falle unterscheidet er wieder, ob der Irrthum wesentliche Stücke des Vergleichs betrift, oder nicht. Zu dem ersten Fall rechnet er 1) wenn sich beyde Theile in der Hauptsache, die den Gegenstand des Vergleichs ausmacht, geirrt haben. Z. B. der eine wollte sich über den Cornelianischen Fundus vergleichen, der andere aber dachte an den Sempronianischen. 2) Wenn beyde Theile sich darin geirrt haben, daß sie eine Sache für zweifelhaft hielten, welche es doch nicht war. Z. E. der Vergleich wurde durch ein falsches Document veranlaßt, welches beyde Theile für richtig hielten. Hieraus leitet er nun folgende zwey Regeln her:

a) Wenn

47) *L. 36. in fin. D. fam. erciſc.*

48) Noch ausführlicher hat unser Verfasser seine Meinung vorgetragen in seiner Dissertation de eo, quod ab ſpecies noviter repertas circa tranſactiones iuris eſt. *Lemgo* 1759. §. 15 — 18. Hellfelds Meinung nimmt auch Renthe in dem oben angeführten Versuch §. 19. an.

a) Wenn sich beyde Theile in der Hauptsache, welche den Gegenstand des Vergleichs ausmacht, oder in solchen Dingen, die zum Wesen eines Vergleichs nothwendig erfordert werden, geirrt haben, so ist der Vergleich nichtig;

b) Betrifft hingegen der Irrthum der Partheyen weder das Object, noch das Wesen des Transacts, so schadet er der Gültigkeit des Vergleichs nicht.

Ist der Irrthum nur auf der einen Seite vorhanden, so hat entweder, sagt unser V. der andere Theil diesen Irrthum durch Betrug veranlaßt, z. E. er hat die zur Sache gehörigen Urkunden unterschlagen, damit man nicht hinter die Wahrheit kommen möchte, oder der andere Transigent ist in bona fide. Im ersten Falle ist wohl freylich der Vergleich wegen des von dem andern Theile begangenen Dolus ungültig. Der Fall gehört aber eigentlich nicht hierher. Im letztern Falle hingegen macht unser V. den Unterschied, ob der Irrthum die Existenz der Sache, worüber der Vergleich geschlossen worden, angehet, oder nicht. Ist das erstere, so giebt er die Regel: Ein Vergleich ist ungültig, welcher über eine Sache eingegangen worden ist, die so, wie sich der Irrende vorstellte, und bey Schliessung des Vergleichs voraussetzte, wirklich nicht existirt. Hierher rechnet er folgende Fälle: 1) wenn der Transigent irrig glaubte, daß eine gemeinschaftliche Erbschaft vorhanden sey, und in dieser Voraussetzung mit demjenigen theilte und sich verglich, den er

für einen Miterben hielt, welcher es aber doch nicht war[49]); 2) wenn der Vergleich über eine testamentarische Erbschaft unter der Voraussetzung geschlossen worden ist, daß das Testament an sich nicht ungültig sey, und hernach ergiebt sich, daß das Testament mit einem Fehler behaftet sey, weßhalb es nicht zu Recht bestehen kann[50]); 3) wenn ein Irrthum in der Rechnung vorgegangen ist, und dieser den Grund des Vergleichs ausmacht. Denn hier existirt die Summe nicht, welche die Partheyen beym Vergleich voraussetzten[51]). In dem letztern Falle hingegen, da der Irrthum rei existentiam nicht betrift, könne der Vergleich des Irrthums wegen nicht angefochten werden, weil hier der Irrthum hätte vermieden werden können, wenn es den Partheyen gefallen hätte, den Weg Rechtens einzuschlagen. Der Irrthum sey also hier ein error voluntarius, qui erranti nocet.

Ob uns diese Theorie in Stand setzen wird, in jedem vorkommenden Falle richtig zu beurtheilen, welcher Irrthum dem Vergleiche schädlich oder unschädlich sey, daran zweifle ich sehr. Denn a) trägt hier der Unterschied, ob beyde Theile irren, oder ob nur ein Theil irrt, zur Entscheidung der Sache wenig bey, zumahl da die in dem letztern Falle vom Hellfeld angeführten Beyspiele solche sind, wo der andere Transigent, wenn er nicht in dolo ist, sich mit dem Irrenden im gleichen Irrthume befindet. b) Wollte man mit unsern V. zur Regel annehmen, daß ein Vergleich nicht gelte, wenn die Partheyen aus Irrthum die Sache,

49) *L. 36. §. fin. fam. erciſc.*

50) *L. 4. Cod. de iuris et facti ignor.*

51) *L. un. C. de err. calculi.*

Sache, worüber sie sich verglichen, für zweifelhaft hielten, die es doch nicht war, so würde man in manchen Fällen die Rescission eines Transacts zulassen müssen, wo gleichwohl die Gesetze dergleichen Aufhebung nicht gestatten, z. E. wenn der Vergleich aus Besorgniß, daß etwa ein Proceß entstehen könnte, welcher doch auf keine Weise zu befürchten war, geschlossen worden, oder wenn die Sache, worüber der Vergleich geschlossen worden, durch neu aufgefundene Urkunden, welche vorher beyden Theilen unbekannt waren, nun dergestalt ins Klare kommt, daß wenn diese Documente zur Zeit des Vergleichs vorhanden gewesen wären, es gar keines Transacts bedurft hätte. Es kommt ja bekanntermassen bey Schliessung eines Vergleichs gar nicht darauf an, ob die Sache wirklich zweifelhaft ist, sondern es ist genug, wenn sie den Partheyen zu der Zeit zweifelhaft zu seyn schien, da es ihnen gefiel, statt des langweiligern und kostbarern Weges der richterlichen Erörterung den kürzern Weg der Güte einzuschlagen [52]). Eben so wenig verdient auch die Zollerische Theorie unsern Beyfall. Zoller [53]) giebt die Regel: der Irrthum stehe dem Vergleiche entgegen, insofern derselbe die Einwilligung der Partheyen selbst betrift, welche den Grund des Transacts ausmacht; insofern hingegen der Irrthum blos den Gegenstand des Vergleichs, d. i. die zweifelhafte Sache, angeht, worüber der Vergleich geschlossen worden, so schade der-

52) S. GUNDLING Diss. de transactionum stabilitate et instabilitate §. 39.

53) In Diss. quaestionem: an ab errorem rescindi possit transactio? continent. *Lipsiae 1765.*

selbe dem Transact nichts. Allein 1) läßt sich ein Irrthum in Ansehung der Einwilligung nicht leicht gedenken, der nicht auch zugleich das Object selbst beträfe. Das von Zoller zur Erläuterung seiner Regel angeführte Beyspiel kann selbst einen Beweis hiervon geben. Ich vergleiche mich mit dem Titius, der eine Forderung von tausend Gulden an mich machte, auf eine Summe von fünfhundert Gulden. In der Folge ergiebt sich, daß ich ihm überhaupt nie mehr, als 500 fl. schuldig gewesen sey. Hier betrift mein Irrthum zwar allerdings den Consens, denn ich wollte dem Titius eigentlich eine geringere Summe bewilligen, als er meiner Meinung nach von mir zu fordern hätte. Aber betrift denn nicht auch dieser Irrthum zugleich das Object selbst? Denn darüber waren wir ja uneins, wie viel ich dem Titius noch zu bezahlen hatte, räumte ich ihm nun gleich nicht seine ganze Forderung von 1000 fl. ein, so glaubte ich doch, daß ich ihm wenigstens noch mehr als 500 fl. schuldig wäre, und suchte also durch den Vergleich eine Minderung meiner Schuld zu bewirken. Es ist daher allerdings ein error circa objectum vorhanden, der aber, weil er die Partheyen zur Eingehung des Vergleichs veranlaßte, zugleich als ein error circa consensum angesehen werden kann. Sodann aber stellt ja auch 2) der error circa consensum nicht in jedem Falle der Gültigkeit des Vergleichs im Wege, so wie im Gegentheil der Irrthum in Ansehung des Objects nicht in jedem Falle unschädlich ist. So ist z. B. der Transact ohne allen Zweifel ungültig, wenn der Gegenstand desselben schon zu der Zeit, da selbiger geschlossen wurde, ohne daß es die Partheyen wußten, zu Grunde gegangen; dahingegen schadet in dem vom Zoller angeführten Falle der er-

ror

ror circa consensum dem Vergleiche nichts, wenn gleich Zoller das Gegentheil behaupten will [54]).

Aus diesem allen, was wir bisher gesagt haben, ergiebt sich nun also, deucht mir, ganz deutlich, daß man bey Beurtheilung des Irrthums in Ansehung eines Transacts vielmehr darauf zu sehen habe, ob der Irrthum den streitigen oder zweifelhaft gewesenen Punct betrift, worüber der Vergleich geschlossen worden, oder ob derselbe auf so etwas geht, woran die Partheyen gar nicht gedacht haben, sondern was sie für gewiß und unzweifelhaft hielten. In dem letztern Falle lassen sich die Grundsätze de errore in pactis commisso vollkommen anwenden, und der Irrthum steht hier dem Vergleiche eben so, wie einem jeden andern Vertrage, im Wege [55]). Allein in dem erstern Falle läßt die Natur und der Zweck des Vergleichs keine Rescission des Irrthums wegen zu [56]). Die Gesetze, welche bereits in dem Vorhergehenden angeführt worden sind, bestätigen diesen Unterschied ganz deutlich, denn in allen den oben vorgekommenen Fällen, wo die Aufhebung eines Vergleichs des Irrthums wegen zugelassen wird, läßt sich kein anderer Grund der Entscheidung annehmen, als der, weil der Irrthum nicht das caput controversum, worüber der Vergleich geschlossen worden, sondern eine ganz andere Sache betraf, worüber unter den transigirenden

54) GOETZ cit. Comment. §. 39.

55) Man vergleiche hier vorzüglich des Hrn. Prof. Götz angef. Commentation §. 20. und folgg.

56) *L.* 10. *C. h. t.* — Nullus etenim erit litium finis, si a transactionibus bona fide interpositis coeperit facile discedi.

Partheyen gar kein Streit noch Zweifel obwaltete; dahingegen der Irrthum in allen Fällen, in welchen die Gesetze solchen bey Transacten für unschädlich erklären, immer gerade den unter den Partheyen streitig oder zweifelhaft gewesenen Punct selbst betrift, welcher durch den Vergleich bestimmt, und zur Gewißheit gebracht worden ist. Zum Beyspiel mag die Entscheidung der Kaiser Leo und Anthemius [57]) über die Rechtskraft eines auf falsche Urkunden sich gründenden Vergleichs dienen. Die Kaiser unterscheiden hier zwey Fälle: entweder beyde Theile hielten die Urkunden für ächt, und nahmen sie zur Grundlage ihres Vergleichs an, ohne daß ihnen wegen der Unächtheit derselben auch nur der geringste Zweifel beyfiel; oder es war über die Aechtheit der Documente unter den Partheyen gestritten, und dieser Streit durch den Vergleich beygelegt worden. In dem ersten Falle erklären die Kaiser den Vergleich für ungültig, wenn sich nachher die Unrichtigkeit der Urkunden offenbahret hat. Denn hier betrift der Irrthum der Partheyen einen Umstand, der unter ihnen ganz unstreitig war, und welcher überdem den Grund des ganzen Vergleichs ausmachte. In dem letztern Falle hingegen soll der Vergleich, wodurch der Streit über die Aechtheit der Urkunden unter den Partheyen beygelegt worden ist, aus dem Grunde des Irrthums auf keine Weise rescindirt werden, wenn auch gleich in der Folge solche Beweise sich gefunden haben sollten, welche das vitium des streitig gewesenen Documents ausser allen Zweifel setzen. Denn hier betrift der Irrthum das caput controversum selbst, und ist ein solcher, den die Partheyen nicht vermeiden wollten, weil

57) *L. 42. Cod. h. t.*

weil sie die Kosten und Weitläuftigkeiten einer genaueren Erörterung der Sache scheueten [58]).

§. 349.

Gilt ein Vergleich über testamentische Verlassenschaften, ohne daß die Partheyen vorher das Testament eingesehen und gelesen haben?

Die Frage, welche unser V. hier entscheidet, ob nämlich Streitigkeiten über testamentliche Verlassenschaften auf eine rechtsgültige Art verglichen werden können, ehe das Testament eröfnet, und von den Partheyen gelesen worden ist? ist allerdings unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Zwar sind darin alle Rechtsgelehrten einig, daß wenn schon vor der Eröfnung des Testaments der Inhalt desselben den Partheyen auf irgend eine Art, z. B. aus der Erzählung glaubwürdiger Personen, die bey der Verfertigung des Testaments gegenwärtig gewesen, bekannt geworden seyn sollte, der darüber geschlossene Vergleich nicht ungültig sey [59]). Allein die eigentliche Streitfrage ist, ob der Transact vor der Eröfnung des Testaments auch in dem Falle zulässig sey, da der Inhalt desselben den Partheyen noch nicht hinlänglich bekannt ist. Hier sind nun die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Viele, denen

58) GOETZ cit. Commentat. §. 24.

59) S. FABER in Cod. definition. for. Lib. II. Tit. IV. Definit. 1. STRYK de cautelis contractuum Sect. III. Cap. VII. §. 6. a WERNHER select. Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 243. PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 142. Hymmens Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten 2. Samml. S. 87. Renthe in dem angef. Versuche §. 34. u. a. m.

auch unser Verfasser beystimmt, halten dafür, daß in diesem letztern Falle Streitigkeiten über dasjenige, was in einem Testamente hinterlaßen worden ist, nicht gültig verglichen werden könnten, wofern nicht zuvor das Testament von den Partheyen gehörig eingesehen und gelesen worden wäre [60]). Es kann auch nicht geläugnet werden, daß diese Meinung manche, gewiß nicht unerhebliche Gründe für sich hat. Denn so lange das Testament noch nicht eröfnet worden, und auch sonst der Inhalt desselben nicht bekannt ist, kann man ja nicht wissen, wer eigentlich Erbe sey. Mit wem wollte man also wohl den Vergleich abschliessen? Man kann sich auch nicht füglich denken, daß ein Streit über den Inhalt eines Testaments entstehen könnte, den man noch nicht weiß, oder der nicht wenigstens sogleich durch die Einsicht des Testaments beygelegt werden könnte, ohne daß es eines Vergleichs bedarf. Es scheint folglich an einem

60) Man sehe VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 12. et 13. VINNIUS select. iuris quaestion. Lib. I. cap. 8. und Ebenderselbe in Tract. de Transactionibus cap. 5. *Io.* STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exerc. IV. cap. 5. nr. 2. sqq. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. VII. Th. IV. Lit. E. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 3. WISSENBACH Exercit. ad Pandect Disput. X. § 9. BOECKELMANN Exercit ad Pandect. h. t. §. 6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS Miscellaneor. libr. (*Trajecti ad Rhen. 1774. 8.*) Cap. III. pag. 137. seqq. *Guil. van* RVERSDVK Diss. ad L. 6. D. de Transact. (in *G.* OELRICHS *Thes. Diss. Belgicar.* Vol. III. pag. 117.) *Io. Henr.* WOLFART Tract iurid. in qua transactionem testamenti tabulis nondum inspectis initam esse Nonens, demonstratur. *Marburgi* et *Hanoviae 1747. Christ. Henr.* BREUNING. Diss. iur. civ. de transactionibus super relictis in testamento tabulis non inspectis. *Lipsiae 1768.* Renthe in dem angef. Versuch §. 34. und 35.

nem wesentlichen Erforderniß des Transacts zu fehlen. Sodann sagt auch Gajus[61]) ganz ausdrücklich: De his *controversiis*, quae *ex testamento* proficiscuntur, *neque transigi*, neque exquiri veritas *aliter potest*, quam *inspectis cognitisque verbis testamenti*[62]). Man wendet zwar dagegen ein, die L. 6. h. t. sey ein lex fugitiva, und gehöre gar nicht zu der Lehre von Transacten, sondern beziehe sich lediglich auf das Edict des Prätors de aperiendis testamentorum tabulis, wie aus der Vergleichung der L. 1. §. 1. D. Testamenta quemadm. aperiant. erhelle, welche aus eben dem *libro XVII.* GAJI *ad Edictum provinciale*, wie die L. 6. h. t. genommen sey[63].) Denn da heiße es: omnibus, quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se Praetor pollicetur. Ratio huius Edicti manifesta est. *Neque enim sine iudice transigi, neque apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti.* Hieraus sey offenbar, daß die L. 6. h. t. ganz aus ihrem Zusammenhange gerif-

61) *L. 6. D. h. t.*

62) Eben so lautet diese Stelle auch griechisch in den *Basilicis XI.* 2. Tom I. pag. 771. der Fabrotischen Ausgabe: Περὶ τῶν ἐν διαθήκαις φιλονεικιῶν ἐλέντων οὔτε διαλύεσθαι ἔξεστιν, οὔτε τὴν ἀλήθειαν ἐξετάζεσθαι, μὴ προτεινομένων τῶν τῆς διαθήκης γραμάτων; d. i. de controversiis ex testamento venientibus neque transigi potest, neque exquiri veritas, quam prolatis verbis testamenti.

63) S. *Iac.* LABITTII usum indicis Pandectarum Cap. II. §. 13. (in *Abrah.* WIELINGII *iurisprud. restituta. Amstel.* 1727. P. II. pag. 21. seq.)

gerissen worden sey, und nur den Grund enthalte, warum der Prätor einem jeden, welchem daran gelegen sey, ein Testament einzusehen, und Abschrift davon zu nehmen, die Vorlegung des Testaments auf sein Verlangen gestatten wolle. Ueberdem bedeute hier der Ausdruck transigere nicht soviel, als Streitigkeiten durch gütliche Uebereinkunft der Partheyen beylegen, sondern vielmehr selbige durch Anstellung der Klage aus dem Testamente vor Gericht verhandeln[64]). Allein dieser Einwurf ist freylich nicht von solcher Wichtigkeit, daß er sich nicht aus dem Wege räumen ließe. Denn zugegeben, daß die L. 6. h. t. ihrem ursprünglichen Zusammenhange nach sich auf das Edict des Prätors von Eröfnung der Testamente bezogen hätte, so ist doch kein hinlänglicher Grund einzusehen, warum nicht diese Stelle auch in dem Titel von Transacten einen Platz behaupten könne[65]); da ja eben die Nothwendigkeit der Einsicht des Testaments, bey Schliessung eines Vergleichs darüber, den Prätor bewogen haben kann, jenes Edict zu proponiren. Es bedarf auch wohl keines weitläuf-

64) Dieser Meinung ist besonders COCCEJI in iure civ. controv. Lib. XXIX. Tit. 3. Qu. 3. dem auch ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. V. §. 172. Not.*. beystimmt. Allein schon längst vorher tadelte *Ant.* FABER in Rational. ad L. 6. D. de Transact. wegen dieser Erklärung den *Aemil.* FERRETIUS ad L. 3. D. de Transact. und *Iac.* CUJACIUS ad L. 1. D. eod. Sie ist also wohl dem Cocceji nicht eigenthümlich.

65) Eben dieses haben auch schon *Emund.* MERILLIUS Observation. Lib. III. cap. 14. ARNTZENIUS Miscellaneor. libro cap. 13. pag. 143. und *Car. Frid.* WALCH in Diss. de transactionibus propter timorem litis interpositis. *Ienae* 1766. §. VII. pag. 18. bemerkt.

läufigen Beweises, daß die Erklärung des Worts Transigere in jener uneigentlichen Bedeutung hier nicht statt finden könne, da es vielmehr in der L. 1. D. Testam. quemadm. aperiant. ganz ausdrücklich heißt: *sine iudice transigi*, eine facultas agendi ex testamento aber sine iudice nicht denkbar ist [66]). Man führt jedoch noch andere Gründe an, warum das römische Recht Transacte über letzte Willensverordnungen nicht zulasse, ohne sich vorher von dem Inhalte derselben hinlänglich unterrichtet zu haben. Denn es war nicht nur den römischen Gesetzgebern überhaupt daran gelegen, daß die letztern Willensverordnungen gehörig befolgt, und von habsüchtigen Erben nicht unterschlagen werden möchten [67]); sondern es kann auch vielleicht die vicesima, welche insonderheit von Testaments-Erbschaften an den Fiscus abgegeben werden mußte, und zu den Zeiten des Gajus unstreitig noch im Gebrauche war [68]), mit eine Ursache jener gesetzlichen Verordnung gewesen seyn, indem auf solche Art der Vergleich auch selbst dem Fiscus gar leicht zum Nachtheil hätte gereichen können, wenn er vor der Eröfnung des Testaments gleichsam auf ein bloses Gerathewohl erlaubt gewesen wäre [69]): nicht zu geden-

66) Man sehe hier, was gegen EGKHARD c. l. sehr gründlich WALCH in not. ad *Eundem* §. 172. pag. 336. erinnert hat..

67) *L. 5. D. Testam. quemadm. aper.*

68) S. *Pet.* BURMANNI Diss. de Vectigalibus populi Rom. Cap. XI.

69) Mit einem grossen Aufwand von Gelehrsamkeit hat dieses *Car Frid.* SCHUBERT in Diss. de iustitia transactionis testamenti nondum inspectis tabulis ob sublatam vicesimam hereditatum. *Helmst.* 1749. zu erweisen gesucht. Dieser behauptet, daß zwar zu den Zeiten des Gajus ein Vergleich vor der Eröfnung des Testa-

gedenken, daß durch eine solche Voreiligkeit auch manche heilsame Verfügung des Testirers würde vereitelt werden kann. Dessen allen ungeachtet aber ist doch die Sache hierdurch, wenigstens der Theorie nach, noch keinesweges ausser Zweifel gesetzt, denn die Gründe welche zur Unterstützung der entgegen gesetzten Meinung von andern Rechtsgelehrten [70]) angeführt worden, sind gewiß von nicht geringerem Ge-

Testaments unerlaubt gewesen, solcher hingegen zu Justinians Zeiten statt gefunden habe.

70) Man vergleiche hier vorzüglich *Ger.* NOODT de pactis et transactionib. cap. 18. (*Oper.* Tom. I. pag. 535 seq.) *Franc.* BALDUINUS in Institutiano. Lib. III pag. 264. (edit. *Argentorat.* 1596. 8. et Tom. I. *Iurisprud. Rom. et Att.* p. 1149.) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 6 D. h. t. *Casp.* SCHIFORDECHER ad *Antonin. Faberum* (*Oppenhem.* 1610. f.) Lib. II. Tract. XXV. Qu. 7. et 8. *Ant* SCHULTING Diss. de transactione super controversiis, quae ex ultimis voluntatibus proficiscuntur, etiam non inspectis vel cognitis earum verbis, recte ineunda. (in EIUS *Commentat. academ* Vol. I. *Halae* 1770. 8. Diss. IV. pag. 201. seqq.) *Nic. Hieron.* GUNDLING Diss. de transactione testamenti tabulis non inspectis. *Halae* 1735. *Christ. Lud.* CRELL Observationes ad L. 6. D. de Transact quando efficaciter de testamento transigatur non inspectis tabulis. *Vitemb.* 1739. *Bern. Henr.* REINOLDI Orat de Legum inscriptionibus §. 6. (in *Opusc.* a IUGLERO edit. pag. 564. seqq. *Henr.* BRENKMANN Dissriba de Eurematicis Herennii Modestini. Cap. XII. §. 10. nr. 3. pag. 262. *Ger.* SCHROEDER Observat. iur. civ. Lib. II. cap. 13. *Io. Aug.* BACHII Diss. de iure transactionis super controversiis ex testamento, non cognitis tabulis *Lipsiae* 1752. (in *Opuscul.* a KLOTZIO edit. pag. 75. sqq.) *Io. van der* LINDEN ad *Voetii* Commentar. Sect. I. (*Traject. ad Rhen.* 1793. f.) h. t. pag. 64. *Io.* WOLBERS Observat. cap. 7. und Webers systemat. Entwicke-

Gewichte. Es ist vor allen Dingen zu bemerken, daß wenn von einem Vergleiche über einen Testamentsstreit die Rede ist, der noch vor Eröfnung und Einsicht des Testaments ist eingegangen worden, dabey allerdings vorausgesetzt werde, daß einmahl überhaupt bekannt sey, wer Erbe ist, und dann zweytens der Transigent auch wenigstens so viel erfahren haben müsse, daß er in dem noch uneröffneten Testament bedacht worden sey, obgleich die nähern Umstände davon, und wie viel das Vermächtniß beträgt, den Partheyen noch zur Zeit unbekannt ist. Nun stelle man sich einmahl folgenden Fall vor. Titius hat ein Testament gemacht, und solches durch einen Bevollmächtigten bey einem auswärtigen Gericht hinterlegen lassen. Ich erfahre, daß mir in dem Testamente was vermacht worden ist, allein was und wie viel? ist noch unbekannt, weil das Testament noch in den Gerichten uneröffnet liegt. Der Intestaterbe, welcher zugleich im Testament instituirt worden ist, läßt sich verlauten, daß er das Testament nicht werde gelten lassen, weil es nicht von dem Testirer selbst, sondern durch einen andern den Gerichten übergeben worden sey. Um diesem Streite auszuweichen, vergleiche ich mich wegen meines Vermächtnisses mit ihm, ohne die Eröfnung des Testaments abzuwarten. Sollte man im Ernste hier wohl behaupten können, daß es dem geschlossenen Vergleiche an einer re dubia fehle? oder daß der Zweifel sogleich durch die Eröfnung des Testaments gehoben werden könnte? Ja kann nicht selbst die Eröfnung des Testaments noch mit soviel Weitläuftigkeiten verknüpft seyn, daß man, um diese

zu

wickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65. Not. 5. S. 253.

zu vermeiden, gern eine baare Summe annimmt, wenn auch gleich das Vermächtniß vielleicht mehr betragen sollte? Mit welchem Rechte wollte ich nun wohl einen solchen Vergleich anfechten? Habe ich dadurch Schaden gelitten, so ist es immer meine eigene Schuld, weil mich Niemand zum Vergleich genöthiget hat. Es heißt also hier: consentientis nulla est laesio, et damnum, quod quis ex culpa sua sentit, non intelligitur sentire[71]). Sollte ich aber nicht vielleicht auf den Beyfall der Gesetze rechnen können, wenn ich den Vergleich anfechten wollte, weil doch nach den ausdrücklichen Worten des Gajus ein Transact über Streitigkeiten, welche aus einem Testamente entstehen, nicht anders eingegangen werden kann, als wenn die Partheyen das Testament gelesen haben? Ich bin noch immer davon überzeugt, daß die Worte des Gajus keine eigentliche gesetzliche Vorschrift enthalten. Denn soviel bleibt doch unwidersprechlich wahr, daß die L. 6. D. h. t. wenn man sie mit der L. 1. D. Quem. testam. aper. vergleicht, nur blos den Grund enthält, warum der Prätor sein Edict de inspiciendis describendisque testamenti tabulis bekannt gemacht hat. Es ist daher der Natur der Sache und dem Sprachgebrauche der röm. Juristen allerdings gemäßer, wenn man die Worte des Gajus: *non potest* so erklärt: non commode oder utiliter non potest; so wie sich auch Paulus[72]) in einem andern Falle ausdrückt. Wenigstens läßt sich kein hinlänglicher Grund von

71) *L. 203. D. de Reg. iur.*

72) *L. 24. §. 1. D. de admin. et peric. tut.* wo die Worte: quia duo tutores simul agere *non possunt*, nichts anders heissen, als commode et sine damno pupilli agere non possunt. wie *Heur.* BRENCMANN c. l. sie ganz richtig erklärt.

von einer gesetzlichen Prohibition angeben [73]). Wollte man solchen von der allgemeinen Begünstigung der Testamente hernehmen, so würde daraus folgen, daß der Vergleich auch eben so wenig nach der Eröfnung des Testaments geschlossen werden dürfte. Ja man würde sich nicht einmahl einer Erbschaft begeben können, wenn man an den Worten des Paulus [74]): publice expedit, suprema hominum iudicia exitum habere, kleben wollte. Und überhaupt frage ich, ob nicht Transacte, wodurch ein ungewisses und zweifelhaftes Recht gewiß gemacht wird, eben sowohl Begünstigung verdienen, zumal da sie oft das beste Mittel sind, Testamente aufrecht zu erhalten, welche vielleicht, wenn man den Streit darüber der richterlichen Erörterung und Entscheidung hätte überlassen wollen, wären aufgehoben und für nichtig erklärt worden? Man kann auch ferner mit Grunde nicht behaupten, daß ein solcher Vergleich der Legi Iuliae vicesimariae zuwider gewesen wäre, wie Bach ganz einleuchtend gegen Schubert gezeigt hat [75]). Dahingegen läßt sich noch ein sehr bündiges Argument für die Gültigkeit desselben daher nehmen, daß auch ein richterliches Erkenntniß, wodurch ein Testamentsstreit, ohne vorhergegangene Vorlegung und Einsicht des Testaments, entschieden worden ist, in den Gesetzen [76]) für rechtsbeständig erklärt

73) *Si hoc valere deberet*, sagt SCHIFORDEGHER c. I. pag. 275. *ut ea, quae pro iuris alicuius ratione sunt adducta, pro ipso iure constituto accipiamus, iurisprudentia nostra subvertatur successe est.*

74) *L.* 5. *D. Quem. testam. aperiant.*

75) cit. Dist. §. 8.

76) *L.* 11. *pr. D. except. rei iudic.*

erklärt wird, da doch dieses Falles in der L. 1. §. 1. D. Quem. test. aper auf gleiche Weise Erwähnung geschehen ist. Der Gerichtsgebrauch in Teutschland nimmt indessen jene erstere Meinung an, und erklärt einen solchen Vergleich für ungültig, welcher über Testamentsstreitigkeiten ist eingegangen worden, ohne daß den Partheyen zuvor das Testament vorgelegt, und von ihnen gelesen worden ist, es wäre denn, daß der Vergleich vermittelst eines Eides bekräftiget worden[77]).

§. 350.

Findet ein Transact noch post rem iudicatam statt?

Ein Vergleich setzt immer eine streitige oder zweifelhafte Sache voraus. Hieraus ist nun ferner die Frage zu entscheiden, ob noch post rem iudicatam ein Transact statt finden könne[78])? Da die Gesetze

77) S. GAILIUS lib. II. Obs. 139. n. 9. *Io. a* SANDE Decision. Lib. IV. Tit. V. Definit. 15. p. 58. *Io.* SCHILTER Praxi iur. Rom. Exercitat. IX. §. 9. MANTICA de tacitis et ambiguis conventionibus Lib. XXVI. Tit. 2. VINNIUS de Transactionibus Cap. V. §. 8. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. VI. Th. 57. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 19. BOEHMER Consultat. T. II. P. I. Decis. 59. n. 10. STRYK Us. Mod. Pandectar h. t. §. 10. REINHARTH Observat ad *Christinaeum* Vol. I. Obs. 51. nr. 7. BACH cit. Diss. §. 9. u. SCHULTING Thes. controv. Decad. VIII. §. 9. (*Commentat acad.* Vol III. p. 23.) Eben dies verordnet auch das neue Gesetzbuch für die Preuß. Staaten. I. Th. 16. Tit. §. 442. u. 443.

78) Ueber diese Frage haben geschrieben *Io. Nic.* HERTIUS in Diss. de transactione post rem iudicatam. *Giessae* 1705. *Car.* KHOL D. de transactione super re iudicata. *Altorfii* 1723. und *Mart.*

ſetze ſolches an dem einem Orte bejahen[79]), an dem andern hingegen wieder verneinen[80]); ſo kommt es vor allen Dingen darauf an, in welcher Bedeutung der Ausdruck *res iudicata* in den Geſetzen genommen wird. Im allgemeinen Verſtande wird *res iudicata* für eine jede richterliche Sentenz genommen[81]), welche freylich auf Seiten des Richters gleich mit ihrer Publication in ſo fern rechtskräftig wird, daß der Richter, der ſie geſprochen hat, nichts weiter daran ändern kann[82]). In dieſem weitläuftigen und uneigentlichen Sinne ſagt Ulpian[83]), daß auch noch poſt rem iudicatam, d. i. nach erfolgter Sentenz, ein Vergleich unter den Partheyen geſchloſſen werden könne, nämlich wenn entweder eine Appellation dagegen wirklich ſchon interponiret worden iſt, oder wenigſtens noch eingewendet werden kann. Denn da leicht in der Appellations-Inſtanz ein reformatoriſches Erkenntniß erfolgen kann, ſo iſt hier noch immer res dubia vorhanden. Verſteht man hingegen unter einer *re iudicata* eine ſolche richterliche Sentenz, welche dergeſtalt in die Rechtskraft übergegangen iſt, daß kein Rechtsmittel weiter dagegen eingewendet wer-

Mart. Wolder. SCHROETERINGK D. eiusd. tituli. *Lugduni Bat. 1754.*

79) *L. 7. pr. D. h. t. L. 11. D. eod.*

80) *L. 23 §. 1. D. de condict. indeb. L. 32. Cod. eodem.*

81) *L. 1. D. de re iudic.* und CICERO ad *Herennium* Lib. II. cap. 13. ſagt: *Iudicatum* eſt id, de quo ſententia lata eſt, aut decretum interpoſitum. *Add. L. 14. C. de appellat.* VOET in Comment. ad Pand. T. II. Lib. 42. Tit. 1. §. 2.

82) *L. 55. D. de re iudicata.*

83) *L. 7. pr. D. h. t.*

den kann; so findet kein Transact weiter statt[84]). Denn ein rechtskräftiger Urtheilsspruch muß als Wahrheit und Recht gelten[85]). Was ist also hier noch weiter zu entscheiden übrig[86])? Wäre ein solcher Vergleich dennoch geschlossen, und durch Zahlung vollzogen worden, so kann, wie Ulpian[87]) sagt, die Zahlung zurück gefordert werden, nämlich nach Abzug dessen, was vermöge der rechtskräftigen Sentenz zu bezahlen war. Eine Ausnahme wäre jedoch in den Fällen zu machen, wenn es entweder noch zweifelhaft ist, ob res iudicata vorhanden sey[88]), oder die Execution

84) *L.* 32. *Cod. h. t.* Si causa cognita prolata sententia, sicut, iure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, super iudicato frustra transigi, non est opinionis incertae. Daß dies auch noch h. z. T. in der Praxis gelte, bezeugen MEVIUS P. VIII. Decis. 493. MÜLLER ad STRUVII Syntagma Exercit. VI. Th. 50. not. γ. BERGER in Oeconom. iur. lib. IV. Tit. 34. Th. 3. et Not. 1. u. a. m.

85) *L.* 207. *D. de Reg. iuris.* Res iudicata pro veritate accipitur. Vit. *Ant.* SCHULTING in iurisprud. Antejust. pag. 220. Not. 13.

86) Schon in dem Gregorianischen, Hermogenianischen und Theodosianischen Codex finden wir mehrere kaiserliche Rescripte, die eben dieses verordnen. Man vergleiche *L.* 3. 4. 5. 8. *et* 9. *Cod. Gregor. de pactis et transact.* (in *Ant.* SCHULTING iurisprud. Antejustin. pag. 685. seq.) *L.* 3. *Cod. Hermog. eod. tit.* (apud SCHULTINGIUM c. l. pag. 711.) und *L.* 2. *Cod. Theod. h. t.* (apud *Iac.* GOTHOFREDUM Tom. I. pag. 146.)

87) *L.* 23. §. 1. *D. de condict. indeb.*

88) *L.* 11. *D. h. t.* Post rem iudicatam, etiamsi provocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit: quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri

cution der Sentenz noch Streit verursachen, oder sonst noch mit vielen Schwierigkeiten und Kosten verbunden seyn kann[89]). Man unterscheide übrigens einen Transact von einem pacto remissorio, welches ohne Zweifel auch noch nach einem rechtskräftig abgeurtheilten Proceß statt findet; z. B. ich erlasse meinem Schuldner die Summe, zu deren Bezahlung er rechtskräftig verurtheilt worden ist, ganz oder zum Theil, so gilt dieß zwar, allein nicht als ein Vergleich, sondern als eine Schenkung[90]).

fieri potest. Hierher gehört, wenn über die Gültigkeit der Sentenz, wider welche keine Appellation eingewendet worden, gestritten wird, und es wirklich zweifelhaft ist, ob sie in die Rechtskraft übergegangen sey, oder wenn die Frage davon ist, ob nicht contra rem iudicatam noch ein Restitutionsgesuch statt finde? in allen diesen Fällen ist der Vergleich noch zulässig.

89) LEYSER Vol. IV. Specim. CCXL. medit. 6. pag. 836. Renthe §. 33. S. 68.

90) Daher sagt Paulus *Lib. I. Sentent. receptar. Tit. I.* §. 5. bey SCHULTING in jurisprud. Antej. pag. 220. Post rem iudicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet; und eben dieser Paulus sagt in der *L. 7. §. 13. D. de pactis* der Vertrag sey gültig, wodurch ich mir versprechen lasse, daß mein Gegner die actionem iudicati nicht gegen mich anstellen wolle. Es ist zwar sonst dem öffentlichen Wohle des Staats gemäß, daß Sentenzen exequirt werden, aber dieses erfordert doch nur alsdann die Execution, wenn es der Sieger haben will. S. VOET h. t. §. 11. und WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. Disp. X. §. 5.

§. 351.

Ein Vergleich hat vim rei iudicatae; doch nicht immer.

Durch einen Vergleich wird so, wie durch ein richterliches Erkenntniß, ein Streit entschieden[91]). Er hat daher auch nicht weniger Kraft, als ein rechtskräftiges Urtheil[92]). Denn aus einem gültig eingegangenen Vergleiche entspringt eben so, wie aus einer rechtskräftigen Entscheidung, eine proceßhindernde Einrede[93]), d. i. wenn mich mein Gegner wegen der Forderung, weßhalb wir uns verglichen haben, dennoch belangt, so kann ich ihm die exceptionem transactionis entgegen seßen, und brauche mich, sofern meine Einrede sogleich liquid ist[94]), auf die Klage gar nicht einzulassen. Es kann ferner ein Vergleich so wenig, als ein rechtskräftiges Erkenntniß, aus dem Grunde angefochten werden, daß gewisse Urkunden neuerdings erst aufgefunden worden, von denen man vorher keine Wissenschaft gehabt hat.

91) In den Gesetzen wird daher der Vergleich eine decisio genennt. *L. 7. pr. D. de condict. furt. L. 3. §. 1. D. ad L. Falcid. L. 19. L. 33. C. h. t.* und eben so wird der Ausdruck decidere für transigere gebraucht. *L. 3. pr. D. de condict. cauf. dat. cauf. non fec.* S. auch *L. 17. C. h. t.* und *Ant.* SCHULTING in Protis h. t. §. 2.

92) *L. 20. C. h. t.*

93) *Cap. 1. de litis conteſtat. in 6to. Cap. 1. X. de Transact. Cap. 2. X. de ſentent. et re iudic.*

94) Mehrere Rechtsgelehrten behaupten sogar, es komme bey dieser Exception nicht einmal darauf an, daß sie sogleich liquid sey. S. WERNHER in Obſervat. for. T. I. P. I. Obſ. 43. SCHAUMBURG princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. cap. 4. §, 10. Not. 2. STRYK Introduct. ad praxin for. cap. 16. §. 2. Allein man ſehe MEVIUS P. III. Deciſ. 225.

hat [95]). Man darf indessen die Vergleichung, welche die Gesetze zwischen einem Transacte und der rei iudicatae machen, nicht weiter ausdehnen, als der Absicht der Gesetze gemäß ist. Denn diese Vergleichung hat nur hauptsächlich ihr Absehen auf den Zweck, welcher bey beyden freylich der nämliche ist, und in Beylegung eines Rechtsstreits besteht. Daher finden sich übrigens noch manche Differenzen. So z. E. kann ein rechtskräftiges Erkenntniß einen zum ingenuus machen, der es doch nicht ist [96]); allein diese Wirkung hat ein Vergleich nicht [97]). Ferner ein Transact hat auch keine solche paratam executionem [98]), wie ein Judicat [99]) u. d. m. [100]).

§. 352.

Wer kann transigiren?

Ein Transact ist ein Geschäft, das eine Veräusserung in sich begreift. Nur derjenige ist also fähig, einen gültigen Vergleich zu schliessen, welcher die Freyheit hat, zu veräussern und über sein Vermögen nach eigenem Gefallen zu disponiren. Pupillen und Minderjährige können daher ohne Einwilligung ihrer Vormünder nicht transigiren. Auch

95) *L.* 19. *C. h. t. L.* 4. *C. de re iudic.* LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 27. et SCHULTING in Prot. h. t. §. 16.

96) *L.* 25. *D. de statu hom.*

97) *L.* 6. *L.* 10. *L.* 36. *C. de liber. caus.*

98) *L.* 28. *C. h. t.*

99) *L.* 8. *C. de reb. credit.*

100) Man sehe hier besonders *Io Iac.* WISSENBACHII Commentationes cathedrar. in libros VII. priores Codicis Iustin. (*Francq* 1701) ad. *L.* 20. *C.* h. t. pag. 83.

nicht einmahl der Vormund darf in jedem Falle für sich über des Pupillen Recht nach Gefallen sich vergleichen [1]), sondern man unterscheide, ob der Transact bewegliche oder unbewegliche Güter des Pupillen betrift. Im ersten Falle kann zwar der Vormund selbst den Vergleich eingehen, ohne daß hierzu ein Decret der Obrigkeit erfordert wird [2]), nur muß die res mobilis, die den Gegenstand des Vergleichs ausmacht, nicht von besondern Werthe seyn, weil sie sonst einer unbeweglichen Sache gleich geachtet wird. In dem andern Falle kommt es wieder darauf an, ob durch den einzugehenden Transact ein unbewegliches Gut des Pupillen an den Gegner desselben abgetreten werden soll; oder ob solches dem Pupillen durch den Vergleich gegen seines Gegners Ansprüche erhalten werden soll. In dem letztern Falle kann der Vergleich vom Vormunde geschlossen werden, ohne daß ein obrigkeitliches Decret dazu nöthig ist, als welches nach Vorschrift der Gesetze nur bey eigentlichen Veräusserungen erfordert wird [3]); in dem ersten Falle hinge-

1) *Christ. Henr.* BREUNING Specim. contin caput iuris controvers. de transactione tutoris in causa pupillari. *Lipsiae* 1768.

2) *L.* 54. §. 5. *L* 56. § 4. *D. de furtis.* LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. 46. med. 1. Der Vergleich darf nur nicht zum offenbaren Nachtheil des Pupillen gereichen. Hieher gehört, was Paulus sagt in der *L* 46. §. *ult. D. de administr. et peric. tutor. et curat.* Tutoribus concessum non est, *deminuendi causa* cum debitoribus pupilli *transigere*, et ideo eum, qui minus tutori solvit, a pupillo in reliquum conveniri posse. S. NOODT de pact. et transact. cap. 26. und VINNIUS in Tr. de transactionibus cap. III. §. 7.

3) Vid. Tit. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, et Tit. Cod. de praediis et aliis reb minor. sine decreto non alienand. auch *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss. de transactione in causis

hingegen besitzt entweder der Minderjährige selbst das streitige Grundstück, oder sein Gegner hat es im Besitz. Ist ersteres, so kann der Vormund ohne obrigkeitliches Decret nicht transigiren [4]). Eben dieß behaupten auch mehrere Rechtsgelehrte [5]) in dem andern Falle, weil doch dem Pupillen, wenn er auch das streitige Grundstück nicht besitzt, wenigstens eine Realklage zusteht, vermittelst welcher er seine Ansprüche rechtlich ausführen und verfolgen kann; und da diese zu seinem Vermögen gehört, so lasse sich eine Entsagung derselben ohne eine Alienation nicht denken. Allein da hier vorausgesetzt wird, daß das Recht des Minderjährigen noch ungewiß und zweifelhaft ist, und die Vermuthung doch immer für den Besitzer streitet: so behaupten andere nicht ohne Grund, daß ein obrigkeitliches Decret in diesem Falle nicht erforderlich sey [6]). Es läßt sich also wohl nicht ganz allgemein behaupten, daß ein Vormund in Sachen seines Pflegbefohlnen anders nicht, als adhibitis solemnibus, in alienatione necessariis, transigiren könne, wie unser Verfasser annimmt.

causis minorum §. 16. (in EJUSD. *Dissert. academ.* Vol. I. Diss. X. pag. 386.) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. § 15. und *Franc.* ALEF Diss de Transactione Cap. III. §. 25.

4) *L.* 4. *Cod. de praed. et aliis reb. minor. L.* 22. *Cod. de administrat. tutor. Ant.* FABER in Cod. Definit. for. Lib. V. Tit. 37. Def. 1.

5) Man sehe vorzüglich BREUNING cit. Specim. §. 4.

6) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. VII. Th. II. Lit. E. VOET h. t. §. 2. in fin. und HARPPRECHT cit. Diss. §. 19.

Aus diesen Prämissen läßt sich auch die Frage entscheiden, in wiefern ein Procurator in Sachen seines Principals einen Vergleich eingehen könne? Er verrichtet nämlich das ihm aufgetragene Geschäft entweder zu seinem eigenen Vortheil, oder zum Besten desjenigen, der ihm den Auftrag gab. In dem erstern Falle wird er ein Procurator *in rem suam*, in dem andern aber ein *procurator in rem alienam* genennt. Der erstere ist wie ein Eigenthümer des ihm aufgetragenen Geschäfts anzusehen [7]), er hat daher freie Gewalt über die Sache zu disponiren, worüber er Procurator ist, und kann also auch einen gültigen Vergleich darüber schliessen. Man kann diese Befugniß eines procuratoris in rem suam auch schon daraus abnehmen. Die Gesetze ertheilen einem solchen Procurator das Recht einen Eid zu deferiren [8]), daraus folgt nun von selbst, daß er auch transigiren könne, weil die Eidesdelation als eine Art von Transact angesehen wird [9]). Bey einem procuratore in rem alienam kommt es hingegen darauf an, ob ihm die Besorgung und Verwaltung aller und jeder Geschäfte und Güter seines Principals anvertrauet worden, oder nicht. In dem erstern Falle kann ein solcher procurator universalis oder generalis allerdings transigiren, wenn er aus guten Gründen glaubt, daß er dadurch das Beste und den Vortheil seines Principals befördere [10]). Denn es ist den Pflich-

7) *L.* 13. §. 1. *D. de pactis.* Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur.

8) *L.* 17. §. *fin. D. de jurejur.* Procurator quoque quod detulit, ratum habendum est, scilicet — *si in rem suam procurator sit.*

9) *L.* 2. *D. eodem.* Iusiurandum speciem transactionis continet.

10) *L.* 17. §. *fin. D. de jurejur. L.* 12. *D. de pact. L.* 58. *L.* 63. *D. de procurat.*

Pflichten und Regeln einer vorsichtigen Güteradministration vollkommen gemäß, daß der Procurator lieber etwas aufopfere, als daß er sich in die augenscheinliche Gefahr eines ungewissen Processes wagt, wodurch vielleicht das Ganze verlohren gehen könnte [11]). Ein procurator particularis hingegen, dem blos die Besorgung eines einzigen Geschäfts anvertraut worden, kann ohne einen besondern Auftrag seines Principals nicht gültig transigiren [12]). Eben dieß findet auch bey einem solchen Procurator statt, dem ich nur alle meine Processe übertragen habe [13]). Dieser kann ohne besondern Auftrag nicht transigiren, weil er blos ein Mandat zum Klagen, nicht aber einen Transact zu schliessen, erhalten hat. Er würde also die Grenzen seines Auftrags überschreiten [14]).

Auch keinem Procurator Caesaris s. Principis, der die öffentliche Einnahme des Landesherrn administrirt, ist es

11) NOODT de pact. et transact. cap. 27. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3. VOET h. t. §. 3. und Renthe angef. Versuch §. 25.

12) *L. 10. C. de procurat. Cap. 4. in fin. de procurator. in 6to.*

13) *L. 60. D. de procurat.* Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam; et ideo, si postea is, qui mandavit, transactionem ratam non habuit, non posse eum repelli ab actionibus exercendis. CUJACIUS *in Not. ad §. 34. l. de rer. div.* will hier *transactionem deminuendi causa* lesen, allein ohne hinreichenden Grund, wie schon *Ger.* NOODT de pact. et transact. cap. 27. pag. 559. und POTHIER in Pandect. Iustinian. Tit. de procuratoribus Nr. V. Not. a. bemerkt haben.

14) *L. 7. C. h. t.* NOODT c. l. VINNIUS de Transactionibus c. III. §. 5.

es erlaubt, in Finanzsachen, ohne besondere Genehmigung des Fürsten, einen Vergleich zu schliessen [15]). Der Vergleich, den ein solcher Procurator, inconsulto principe schließt, ist null und nichtig [16]).

Was von Procuratoren gilt, findet auch bey den Syndicen und andern Administratoren moralischer Personen und Gemeinheiten statt. Ist ihnen nämlich die allgemeine Verwaltung aller Güter und Angelegenheiten der Gemeinheit anvertrauet worden, so können sie auch in Sachen ihren Gemeinden transigiren, sofern es das Beste derselben erfordert [17]). Wäre im Gegentheil dem Syndicus nur, wie gewöhnlich, die Führung der Processe einer Gemeinde übertragen worden, so ist demselben so wenig, als einem andern Procurator, erlaubt, ohne einen besondern Auftrag, in Sachen der Gemeine einen Vergleich zu schliessen [18]). Es beruhet daher die Meinung derjenigen auf keinen hinlänglichen Gründen, welche schlechthin den Syndicen des Recht geben wollen, in Sachen ihrer Gemeinden, auch ohne besondern Auftrag, Vergleiche zu schliessen [19]), da denselben nicht immer

15) *L. 13. D. h. t. Gottfr.* MASCOV Diss. de procuratore Caesaris. *Alt.* 1724. *Franc.* RAMOS *del* MANZANO Comment. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam I. 8. (Tom. V. *Thes. Meermann.* pag. 69.)

16) *L.* 1. §. 1. *D. offic. procurat. Caesaris.* VINNIUS de Transact. Cap. 3. §. 10.

17) *L.* 12. *Cod. h. t. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 4.

18) *L.* 34. §. 1. *De jurejur.* Renthe §. 26. S. 51.

19) GAILIUS Lib. II. Obs. 72. nr. 11. HAHN ad *Wesenbecium* h. t. nr. 4. in fin. LAUTERBACH Disp. de Syndicis Membr. II. cap. 2. §. 87. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. LIV. medit. 11.

immer eine so allgemeine Güteradministration anvertrauet ist, welche im Röm. Rechte bey denen vorausgesetzt wird, welchen das Recht zu transigiren zusteht; auch nicht behauptet werden kann, daß Syndici schlechthin als Vormünder anzusehen wären, welches sich wenigstens daraus noch nicht folgern läßt, daß Personengemeinheiten die Rechte der Minderjährigen haben, da sie die Geschäfte ihrer Gemeinheiten nicht vi officii, sondern vermöge erhaltenen Auftrags besorgen[20]).

Eine andere Frage ist, ob und in wiefern der Vater über das Vermögen seiner Kinder transigiren könne? Sind Kinder nicht mehr in väterlicher Gewalt, so kann der Vater, als Vater, in ihren Angelegenheiten keinen gültigen Vergleich schliessen[21]). Nur in sofern das emancipirte Kind noch minderjährig ist, und der Vater die Vormundschaft über dasselbe führt, ist letzterer zu allen dem berechtiget, was ein jeder andere Curator in solchem Falle thun kann und zu thun schuldig ist[22]); und zwar soll ihm das richterliche Decret de transigendo nicht erschwert werden, weil die rechtliche Vermuthung für ihn streitet, daß er aus natürlicher Liebe für sein Kind das Wohl und den Nutzen desselben eiffriger besorgen werde, als ein anderer Cura-

20) Man sehe vorzüglich. *Rud. Christph.* HENNE Diss. de differentiis inter procuratorem et syndicum veris et spuriis. *Erfordiae* 1770. §. 20. und Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 4. Not. 1.

21) *L.* 10. *D. h. t.* de re filiorum, quos in potestate non habuit, transigentem patrem minime eis obesse placet.

22) VINNIUS de Transactionibus cap. 3. §. 11. SCHULTING in Protis h. t. §. 4.

Curator[23]). Sind aber die Kinder noch in der väterlichen Gewalt, so kommt es auf die verschiedenen Gattungen ihres Pekuliums an. Ist dieses Vermögen so beschaffen, daß dem Kinde nicht nur das Eigenthum sondern auch der Nießbrauch daran zusteht, von welcher Art das peculium castrense, quasi castrense, und adventitium irregulare ist; so kann der Vater als Vater nicht darüber transigiren, weil der Sohn in Ansehung eines solchen Vermögens wie ein paterfamilias anzusehen ist, und darüber freie Gewalt hat, unter den Lebendigen zu disponiren[24]). Sollte indessen der Sohn noch minderjährig seyn, und sein Bestes einen Transact in Rücksicht dieser Güter nöthig machen, so kann ihn zwar der Vater, jedoch anders nicht, als in der Qualität eines Vormundes schliessen, insofern ihm nämlich die Administration des Vermögens zusteht[25]). In Absicht auf das peculium adventitium regulare geben die Gesetze dem Vater schon freiere Hände. Die Administration dieses Vermögens steht dem Vater nicht als Vormunde, sondern vermöge der väterlichen Gewalt zu. Er ist daher auch zu nichts von dem, was sonst den Vormündern obliegt, verbunden[26]). So wie nun dem Vater auch

23) *L. 7. §. 2. D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.* Si pater tutor sit alicui ex liberis, an praetor adeundus sit, si obligare velit? Et magis est, ut debeat: pronior tamen esse debet Praetor, ad consentiendum patri.

24) *L.* 18. §. 1. *D. de castr. pecul. L.* 2. *D. de Senatusconf. Macedon. Nov. CXVII. cap.* 1.

25) Renthe §. 27. S. 53. folgg. HOFACKER Princip. iur. civ. Tit. I. §. 568. et 583.

26) LEYSER Vol. III. Specim. CLXIV. medit. 1. *de* CRAMER Observat. iur. univ. T. II. P. I. Obs. 543. et 560. SCHAUMBURG

auch sogar die Veräusserung solcher Güter erlaubt ist, insofern es entweder die dringende Noth erfordert, oder der offenbare Nutzen der Kinder die Veräußerung rechtfertiget[27]), und hierzu nicht einmal ein richterliches Decret nöthig ist[28]); so kann auch der Vater unter dieser Voraussetzung, daß der Vergleich nöthig, oder den Kindern nützlich ist, ohne Decret über ihre Adventitien transigiren[29]), wenn solches nur mit Einwilligung der Kinder geschieht[30]). Wären hingegen die Kinder noch unmündig oder abwesend, so kann der Vater den Vergleich über ihre Adventitien auch ohne deren Einwilligung gültig schliessen[31]).

Noch

BURG in Compend. iuris Digestorum Lib. XV. Tit. I. §. 11. et 12.

27) *L.* 1. *Cod. de bon. matern. L.* 4. *in fin. L.* 8. §. 4. *et* 5. *C. de bon. quae lib.* HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. § 576.

28) *L.* 3. *C. quando decreto opus non sit.* GAILIUS Lib. II. Obs. 72. nr. 14. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XV. Tit. I. §. 23. WERNHER Obs. for. T. I. P. III. Obs. 35. LEYSER Specim. CLXV. medit. 9. Struben rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 103. *de* CRAMER Tom. IV. Obs. 1208. in fin. Hoschers Samml. merkwürdiger am kaiserl. Reichs-Cammergericht entschiedener Rechtsfälle 3. Th. 4. Rechtsfall §. 61. folgg. S. 201. folgg. und HOFACKER Princip iur. civ. T. I. §. 576.

29) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 14. VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 4. ALEF cit. Diss. de Transactione Cap. III. §. 28.

30) *L.* 8. §. 3. *Cod. de bon. quae lib. Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Vach Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. *Marburgi* 1753. §. 16.

31) In der angeführten *L.* 8. §. 3. *C. de bonis, quae liberis* heißt es nämlich: adhibeatur autem etiam filiorum consensus, nisi

Noch eine Frage ist hier zu entscheiden übrig, nämlich ob der Ehemann über das Vermögen seiner Ehefrau einen gültigen Vergleich schliessen könne? Man unterscheide, ob von Dotal- oder Paraphernalgütern der Frau die Rede ist. In dem erstern Falle ist der Vergleich insofern gültig, als dadurch entweder der Ehefrau das Heyrathsgut erhalten wird, oder der Ehemann sonst befugt ist, res dotales zu veräussern [32]). Ausserdem ist der Vergleich nichtig, und für die Frau unverbindlich, wofern nicht etwa der Ehemann das Heyrathsgut nach der Frauen Tode lucrirt [33]). Ueber die Paraphernalgüter der Ehefrau hingegen kann der Ehemann ohne besondern Auftrag und Einwilligung derselben nicht transigiren [34]).

§. 353.

nisi adhuc *in prima aetate sint constituti*, aut *longe absint* Daß hier unter der *prima aetate* die Unmündigkeit, nicht aber, wie VOET c. l. dafür hält, die Minderjährigkeit zu verstehen sey, erhellet aus der *L.* 30 *C. de episcop. audient.* und *L.* 10. *C. de impuber. et aliis substitut.* Man sehe hier vorzüglich HOMBERGK cit. Diss. §. 11 — 13.

32) *L.* 42. *D. L.* 10. *C. de iure dot.*

33) *Arg. L.* 17. *D. de fundo dot.* Man sehe hier vorzüglich *Franc.* ALEF cit. Diss. de Transactione Cap. III. §. 30.

34) L. 8. *C. de pact. conv.* a LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCI. medit. 5. pag. 154. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 165. Hymmens Beyträge zur juristische Litteratur in den preußischen Staaten. 6. Sammlung S. 28. folgg. Diesem ist auch die *L.* 11. *pr. C. eodem* nicht entgegen, denn dieses Gesetz ist von einem solchen Falle zu verstehen, da die Frau dem Ehemanne ausser ihrem Heyrathsgute gewisse Capitalien überlassen hat, in diesem Falle kann der Mann freylich darüber litigiren und transigiren, ohne daß

§. 353.

Ueber welche Sachen kann ein Vergleich geschlossen werden, über welche nicht?

Zur Gültigkeit eines Vergleichs wird nun insonderheit erfordert, daß der Gegenstand desselben der willkührlichen Entscheidung und Disposition der Transigenten müsse überlassen seyn. Daher gilt

a) kein Privatvergleich zwischen Ehegatten, welcher die Trennung einer unter ihnen noch bestehenden gültigen Ehe zum Zweck hat. Denn eine unter dem Schutze und Ansehen der Obrigkeit errichtete eheliche Gesellschaft kann ohne ihren Einfluß und Genehmigung nicht getrennt werden [35]). Nach dem kanonischen Recht soll zwar ein solcher Vergleich durchaus nicht gelten, wenn er auch gleich mit Vorwissen und Genehmigung des geistlichen Richters wäre eingegangen worden [36]); allein da sich diese Vorschrift auf die Lehre des päbstlichen Rechts vom Sacramente der Ehe bezieht, nach welcher das Band der Ehe bey den Katholiken unauflößlich ist, so kann solche bey den Protestanten eigentlich keine Anwendung finden. Man behauptet daher nicht

daß ein besonderer Auftrag oder Genehmigung erfordert wird, wie PUFENDORF in Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 12. bemerkt hat.

35) VINNIUS de Transact. Cap. IV. §. 12. VOET in Comm. ad Dig. h. t. §. 15. *a* PUFENDORF Observat. iur. univ. T. III. Obs. 45. §. 1. und Carl Wilh. Roberts rechtliche Gedanken über den Begriff der Ehe und die Art ihrer Stiftung im protestant. Teutschlande. Frankf. und Leipzig 1787. 8. 3. Abth. *fi.* 12.

36) *Cap. fin. X. h. t.*

nicht ohne Grund, daß unter Protestanten, auch in Ehesachen zum Zweck der Trennung der Ehe ein gültiger Vergleich eingegangen werden könne, wenn solches mit Genehmigung der geistlichen Obrigkeit in einem solchen Falle geschieht, in welchem überhaupt eine Ehescheidung zulässig ist[37]). Ein Privatvergleich hingegen, welcher ohne Vorwissen der Obrigkeit über die Aufhebung einer gültigen Ehe geschlossen worden ist, ist ungültig, wenn er gleich mit einem Eide wäre bekräftiget worden[38]). Sollte es indessen noch zweifelhaft seyn, ob unter den Transigenten eine wirkliche Ehe vorhanden sey, so ist ein Privatvergleich, wodurch sich die Partheyen auseinander setzen, selbst nach dem kanonischen Rechte nicht für ungültig zu halten[39]) Es hat auch keinen Zweifel, daß bloße Eheverlöbnisse ohne Vorwissen der geistlichen Obrigkeit vermittelst eines Transacts wieder aufgehoben werden können[40]). Ein Vergleich von der Art ist auch nach dem kanonischen Rechte gültig[41]). Denn so wie Sponsalien ohne Auctorität der geistlichen Obrigkeit durch den bloßen Vertrag der Partheyen eingegangen

37) Man sehe *Io. Tob.* CARRACH Diss. de vi transactionis contra matrimonium. *Halae* 1757. §. 12. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 243. Renthe im angef. Versuche §. 45. S. 105.

38) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XLVII. medit. 5.

39) *Cap. 2. X. de clandest. desponsat.* CARPZOV iurisprud. consistorial. Lib. II. Tit. XIV. Definit. 233. *I. H.* BOEHMER ius eccles. Protestant. T I. Lib. I. Tit. 36. §. 4.

40) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 45. §. 2. BOEHMER cit. loc. Renthe §. 46.

41) *Cap. 2. X. de sponsal.*

gangen werden, so können sie auch mit beyder Theile Einwilligung, ohne Vorwissen des Consistoriums, wieder aufgehoben werden[42]).

b) Zu den Gegenständen, worüber man, ohne Einwilligung der Obrigkeit, nicht transigiren kann, gehören auch Alimente, die einem in einer letzten Willensverordnung vermacht worden sind. Denn die Erfahrung hat gelehrt, daß Personen, denen jährlich gewisse Renten zu ihrer Nahrung, Kleidung, Wohnung, und andern Bedürfnissen ausgesetzt worden[43]), sehr leicht geneigt sind, auf ihre Forderung gegen eine gewisse Summe Geldes, die ihnen auf einmahl bezahlt wird, ewige Verzicht zu thun, ohne auf die Zukunft zu rechnen, und hernach dem Staat zur Last fallen. Deswegen hat Kr. Marcus wohlbedächtig verordnet, daß ein Vergleich über dergleichen Alimente nicht anders, als nach vorgängiger gerichtlichen Untersuchung und Genehmigung statt finden solle[44]). Man hat hier wohl zu

42) *Ge. Frid.* DEINLIN Diss. de mutuo dissensu sponsalitio solo absque consistorii cognitione et auctoritate valido atque efficaci. *Altorf.* 1746. *Ios. Ant. a* RIEGGER Institut. iuris eccles. P. IV. §. 25. EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. Lib. II. Cap. XIII. §. 351. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 372.

43) *L. 8.* §. 1. *D. h. t.* Praetoris notio ob transactionem erit, sive habitatio, sive vestiarium, sive de praediis alimentum legabitur. §. 14. *ej. L.* De calciario quoque arbitrio Praetoris transigendum est. *L. 6. D. de aliment. et cibar. legat.* Legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest.

44) *L. 8. pr. D. h. t.* Cum hi, quibus aliments relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesenti; Divus MARCUS ora-

bemerken, daß das Gesetz ausdrücklich nur von solchen Alimenten redet, welche in einem letzten Willen, nämlich in einem Testament, Codicill, oder einer Schenkung von Todeswegen hinterlassen worden sind[45]). Mit Alimenten, die man vermöge eines Vertrags zu fordern berechtiget ist, verhält sich die Sache ganz anders. Ueber solche kann ein Transact auch ohne Mitwirkung des Richters eingegangen werden[46]). Denn hier finden nicht eben die Gründe statt, welche bey den in einer letztern Willensverordnung hinterlassenen Verpflegungsgeldern beabsichtiget worden sind. Hier handle ich durch den Transact nicht gegen die Absicht und den Willen meines Wohlthäters; hier sind auch die Personen, welche Alimente zu fordern haben, mehrentheils nicht so dürftig, als bey Alimenten aus einem Testament. Es ist auch zwischen Rechten, die mir aus einem Testament, und solchen, die mir aus einem Vertrage zustehen, ein ganz verschiedenes Verhältniß. Jeder kann der Regel nach seinem Rechte, das ihm vermöge eines Vertrags zusteht, entsagen, er kann damit nach Willkühr und eigenem Gutbefinden

oratione in Senatu recitata effetit: *Ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta.* Sehr ausführlich hat diese Verordnung des Kaiser Marcus erläutert *Scip.* GENTILIS in libro singul. de alimentis. *Frsti.* 1616. 8.

45) *L.* 8. §. 2. *D. h. t.* Haec oratio pertinet ad alimenta, quae testamento vel codicillis fuerint relicta, sive ad testamentum factis, sive ab intestato. Idem erit dicendum, etsi mortis causa donatione relicta sint: vel ab eo, cui mortis causa donata, relicta sunt. Sed et si conditionis implendae gratia relicta sunt: adhuc idem dicemus. S. WAECHTLER in Opuscul. pag. 717.

46) *L.* 8. §. 2. *D. eod.* Plane de alimentis, quae non mortis causa donata sunt, licebit et sine Praetore auctore transigi.

finden schalten, wenn solches nur ohne Nachtheil eines Dritten geschieht. Hingegen bey Rechten aus einem Testament haben die Gesetze ein besonderes Augenmerk auf die Erhaltung des Ansehens letzter Willensverordnungen. Es ist ihnen daran gelegen, daß die wohlthätige Absicht des Erblassers, so viel möglich, erreicht werde. Bey Alimenten aus einem Vertrage tritt endlich noch der Grund ein: wie eine Verbindlichkeit entstanden ist, so kann sie auch wieder aufgehoben werden. So wie nun die Verbindlichkeit, solche Alimente zu reichen, durch wechselseitige Einwilligung der Partheyen begründet worden, so kann sie auch durch Vergleich wieder aufgehoben werden [47]). Wie aber, wenn das Recht, Alimente zu fordern, aus einer gesetzlichen Verordnung entspringt? Ein solcher Vergleich muß unstreitig unter Aufsicht des Richters geschlossen werden. Denn solche

47) Hiermit stimmen überein FABER in Rational. ad L. 8. §. 2. D. h. t. DUARENUS Disputat. anniverſ. Lib. I. cap. 44. VOET in Commentar. ad Pandect. h t. §. 14. VINNIUS de Transactionibus cap. VI. §. 13. NOODT de pactis et transactionib. cap. XVII. §. *Prohibet.* (*Oper.* T. I. pag. 533. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t §. 20. in fin. COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. VII. Except. 2. ALEF in Diſſ. de Transactione Cap. VII. §. 79. MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 243. POTHIER Pandect. Iuſtinian. h. t. Sect. II. Nr. XXIV. Renthe §. 39. u. a. m. Claproth in ſeiner theor. practiſchen Rechtswiſſenſchaft von freywilligen Gerichtshandlungen §. 188. nr. 1. S. 365. iſt zwar anderer Meinung; allein ſie iſt der Verordnung des Kr. Marcus nicht gemäß, welche de caſu ad caſum nicht extendirt werden kann, wo der Grund derſelben nicht vorhanden iſt, wie auch ſchon Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. VII. not. x. gegen Claproth ſehr richtig erinnert hat.

Personen, welchen vermöge der Gesetze die Alimente gebühren, haben diese zur Erhaltung ihres Lebens insgemein nöthig, und wie leicht könnte daher Nachtheil für den Staat entstehen, wenn der Vergleich darüber bloß der eigenen Willkühr der Partheyen überlassen wäre[48])? So muß daher z. B. der Vergleich, den der Schwängerer mit der Geschwächten über den Unterhalt des unehelichen Kindes schließt, gerichtlich mit Zuziehung eines dem Kinde zu bestellenden Vormundes geschlossen werden[49]). Alimente können ferner entweder rückständige seyn, welche man für die vergangene Zeit noch zu fordern hat, (*alimenta praeterita*) oder solche, die mir der andere erst für die Zukunft zu leisten verbunden ist, (*alimenta futura.*) Ueber rückständige Verpflegungsgelder steht es mir jederzeit frey, mit meinem Schuldner einen ausergerichtlichen Vergleich zu schliessen[50]). Denn die vergangene Zeit habe ich nun schon überlebt, für diese brauche ich keine Alimente mehr. Meine Forderung nimmt also nun die Natur eines blosen Ver-

48) *Io. God.* BAUER Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato. (*Lipsiae 1727.*) §. 3. Renthe im angef. Versuch §. 40.

49) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. IX. Specim. DLXXXIII. Coroll. 2. pag. 174. von Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 482. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit 1. Th. 2. Hptabth. 3. Hauptst. §. 57. S. 303. Claproth a. a. O. §. 188. nr. 4. S. 366.

50) *L.* 8. Cod. *h. t.* De alimentis praeteritis, si quaestio deferatur, transigi potest. De futuris autem sine Praetore, seu Praeside interposita transactio nulla auctoritate iuris censetur.

Vermächtnisses an. Der Staat und das gemeine Beste hat also von einem solchen Vergleich keinen Nachtheil [51]). Ist aber von zukünftigen Alimenten die Rede, so ist der Vergleich darüber in der Regel anders nicht gültig, als wenn er nach vorhergegangener Untersuchung des Richters bestätiget worden ist. Ohne diese obrigkeitliche Genehmigung ist der Vergleich, der über zukünftige Alimente aussergerichtlich geschlossen worden ist, null und nichtig, es wäre denn, daß er für denjenigen, welchem die Alimente gebühren, vortheilhaft wäre, weil in einem solchen Falle weder dem Staate durch einen solchen Transact nachtheilige Folgen erwachsen, noch auch dem Willen des Testirers, welchem die Erhaltung und Versorgung des Legatars am Herzen lag, zuwider gehandelt wird. Dahin gehört z. B. wenn ich durch den Vergleich erlange, daß mir von den Verpflegungsgeldern alle Monate etwas gewisses ausgezahlet wird, die ich nach dem Testamente eigentlich erst am Ende eines jeden Jahres erhalten sollte [52]); oder wenn mir Getraide zum Unterhalt vermacht worden, und ich bekomme dafür durch den Vergleich jährlich oder monatlich ein gewisses Geldquantum [53]); oder es ist mir Geld zur Wohnung vermacht worden, und einer giebt mir für das Geld eine lebenslängliche gute Wohnung [54]). Ausserdem behauptet man h. z. T. nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts, daß ein über zukünftige Alimente aussergerichtlich

51) VINNIUS de Transactionib. Cap. VI. §. 1. VOET h. t. §. 18. und Reuthe §. 38.

52) *L.* 8. §. 6. *D. h. t.*

53) *L.* 8. §. 24. *D. eod.*

54) *L.* 8. §. 25. *h. t.*

geschlossener Vergleich alsdann für gültig zu halten sey, wenn er mit einem Eide bekräftiget worden [55]); welche Meinung jedoch darum noch vielen Zweifeln unterworfen ist, weil das Gesetz nicht blos den Nutzen des zu Verpflegenden, sondern zugleich das Beste des Staats beabsichtiget, welchem durch den Eid kein Eintrag geschehen kann, und das kanonische Recht, wie wir schon bey einer andern Gelegenheit bemerkt haben [56]), keine einzige allgemeine Verordnung für die Gültigkeit des Eides bey ungültigen Geschäften enthält, sondern nur in gewissen einzelnen Fällen dem Eide eine Wirkung beylegt, die er sonst nach den Grundsätzen des Vernunftrechts und der Civilgesetze nicht haben würde [57]). Es entsteht hierbey die Frage, wer in Absicht auf die gerichtliche Untersuchung und Bestätigung eines Vergleichs über zukünftige Alimente iudex competens

55) COLERUS de alimentis Lib. II. c. 8. nr. 24. seqq. SURDUS de aliment. Tit. VIII. Qu. 56. nr. 42. seqq. VINNIUS de Transaction. cap. VI. §. 17. *I. H.* BOEHMER Iur. Eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. §. 30. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 11. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. VII. BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 8. Cod. de Transact. Claproth in der angef. Rechtswissenschaft §. 194. Renthe §. 38. S. 90. folg.

56) S. den 4ten Th. dieses Commentars §. 341. S. 557.

57) Nicht ohne Grund verwerfen daher jene gemeine Meinung *Iac. Frid.* LUDOVICI in Diss. de genuino intellectu brocardici vulgaris: omne iuramentum servandum esse etc. §. 8 — 10. *Franc.* ALEF in cit. Diss. de Transactione Cap. VII. §. 80. AYRER Diss. de abusu iuramentorum §. 45. MALBLANC doctrina de iureiurando Lib. V. §. 118. pag. 511. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. VII. not. w. pag. 271. u. a. m.

tens sey? Bey den Römern mußte der Richter eine solche Magistratsperson seyn, welche legis actionem hatte[58]; also der Prätor, oder der Präses in der Provinz waren dazu authorisirt, zuweilen auch der Procurator Caesaris, wenn man die Alimente von dem Fiscus zu fordern hatte[59]. Heutiges Tages ist der competente Richter derjenige, unter welchem der zu Verpflegende wohnt, oder sonst für seine Person steht, wenn er etwa einen privilegirten Gerichtsstand hat[60]. Sind jedoch die Alimente aus einem gewissen Grundstück vermacht worden, welches deßwegen gesetzlich verpfändet ist[61], so kann auch der Richter, unter dessen Gerichtsbarkeit dieser fundus gelegen ist, den Vergleich bestätigen[62]. Dem Richter liegt übrigens die Pflicht ob, bey Untersuchung des zu bestätigenden Vergleichs die möglichste Vorsicht und Genauigkeit zu beobachten, und zwar hat der Richter nach Vorschrift der L. 8. §. 8. D. h. t. die Untersuchung auf drey Hauptpuncte zu richten; 1) auf die Ursache des Vergleichs; 2) auf die Bedingungen desselben; und 3) auf den Character

58) S. den 3ten Theil dieses Commentars §. 184. Nr. V. S. 9.

59) *L. 8. §. 18. et 19. D. h. t.*

60) S. Claproths Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen §. 190. Hiermit stimmt auch das neue Preuß. Gesetzbuch 1. Th. 16. Tit. §. 413. überein.

61) *L. 2. §. 1. D. de alim. et cibar. legat. L. 1. Cod. commun. de legat.*

62) *Arg. L. 16. Cod. de praed. et aliis reb. minor. sine decreto non alien.* wo es heißt: sine decreto praesidis provinciae, in qua situm. Man sehe COLERUS de alimentis Lib. II. cap. 8. nr. 45. pag. 739.

der Personen, welche den Vergleich mit einander schliessen. In Absicht auf den ersten Punct hat der Richter wohl zu erwägen, ob die Ursache, warum der Vergleich geschlossen wird, gegründet und erheblich sey, oder nicht, indem in dem letztern Falle die gerichtliche Einwilligung schlechterdings abgeschlagen werden, und es bey dem einmahl festgesetzten Unterhalt unabänderlich verbleiben muß[63]). Erhebliche Ursachen sind, wenn der Auszahler der Verpflegungsgelder und der Empfänger derselben in Ansehung des Wohnorts entfernt sind; oder der zu Verpflegende seinen bisherigen Wohnsitz verändern will, und in dieser Rücksicht bey Ueberlieferung der Verpflegungsgelder Schwierigkeiten entstehen; oder wenn derselbe eine Geldsumme zu einem gewissen für ihn vortheilhaften Unternehmen auf einmahl nöthig hat; oder wenn er sich die Alimentengelder von mehreren Personen muß auszahlen lassen, deren terminliche Beytreibung mit vielen Beschwerlichkeiten verknüpft ist, u. d. m.[64]). Ohne alle Ursache muß der Vergleich niemahlen zugelassen werden; es ist vielmehr der Vergleich null und nichtig, den der Richter, ohne vorhergegangene Untersuchung der Ursache, bestätiget hat[65]). In Absicht auf den andern Punct muß der Richter vorzüglich in Erwägung ziehen, ob auch der Abfindungsbetrag (modus pecuniae, quae in transactionem venit,) mit dem Alter und der Gesundheit oder Schwächlichkeit des Empfängers in einem billigen Verhältniß steht. Denn bey einem Kinde sind natürlicher Weise andere Grundsätze wegen

63) *L. 8. §. 9. D. h. t.*
64) *L. 8. §. 9. in fin. D. h. t.*
65) *L. 8. §. 17. D. h. t.*

wegen der muthmaßlichen Lebensdauer und des darnach zu bestimmenden Abfindungsbetrags zur Richtschnur zu nehmen, als wenn der zu Verpflegende ein Jüngling, Mann oder Greiß ist[66]). Endlich in Absicht auf den dritten Punct muß der Richter zuerst auf die Person desjenigen sehen, der die Alimente zu fordern hat, ob er sparsam ist, oder zur Verschwendung Hang hat; ferner ob er sonstige sichere Unterhaltungsmittel vor sich hat, wovon er zur Noth leben kann, oder ob er blos von dem hinterlassenen Unterhalt leben muß: indem in den erstern Fällen der Vergleich mit weniger Bedenklichkeit bestätiget werden kann, als in den andern. Der Richter muß aber auch auf die Person desjenigen Rücksicht nehmen, welcher die Alimente zu leisten verbunden ist, ob dieser ein sicherer und ehrlicher Mann sey; aus diesen und dergleichen Umständen wird sich leicht beurtheilen lassen, ob hinter den Vergleich ein Betrug steckt, oder nicht[67])? Diese Vorschrift-

66) *L. 8. §. 10. D. h. t.* S. *Frid. Aug.* SCHMELZER Comment. de probabilitate vitae eiusque usu forensi. *Goett.* 1787. 8. und Claproth a. a. O. §. 192. S. 371.

67) *L. 8. §. 11. D. h. t.* In dieser Stelle ist man über die Lesart der Worte nicht einig: cuius vitae sint hi, quibus alimenta relicta sunt: utrum frugi vitae hi sint, qui alias sufficere sibi possint, an *sequioris*, qui de alimentis pendeant. Einige wollen nämlich statt *sequioris* vielmehr segnioris lesen, wie RUSSARDUS, DUARENUS Disputat. anniv. Lib. II. c. 31. und CONSTANTINAEUS subtilium enodation. Lib. I. cap. 5. (Tom. IV. *Thes. Ottonian.* pag. 491.) Andere hingegen lesen *nequioris*, wie BUDAEUS in Annotation. in Pandect. (*Lutetiae 1556. f.*) ab h. L. pag. 92. b. und FORNERIUS Selection. Lib. II. cap. 5. (T. II. *Thes. Otton.* pag. 50.) Die gemeine Lesart vertheidigen

schriften müssen bey der Bestätigung des Vergleichs so pünctlich beobachtet werden, daß wenn etwas bey dieser Untersuchung versehen worden, der ganze Vergleich, des richterlichen Ansehens ungeachtet, nichtig ist[68]). Sollte der über Alimente ungültig geschlossene Vergleich bereits vollzogen seyn, so wird das, was vermöge desselben gegeben worden ist, auf die Alimente der vergangenen Zeit abgerechnet, für die Zukunft aber bleibt des zu Verpflegenden Forderung unvermindert. Ist hingegen der zu Verpflegende durch das, was er aus dem wichtigen Vergleiche erhalten, reicher geworden, so kann solches auch von ihm zurückgefordert werden[69]).

Uebrigens geht das Verbot des Krs. Marcus auch auf andere Verträge und Geschäfte, welche dem Rechte des zu Verpflegenden in Absicht seines künftigen Unterhalts nachtheilig sind. Dahin gehört z. B. Veräusserung eines zum Unterhalt vermachten Grundstücks, oder Befreyung eines Grundstücks, welches zur Sicherheit des Unterhalts verpfändet worden, von der darauf haftenden Hypothec[70]).

c) Da

gen jedoch CUJACIUS Lib. I. Observat. cap. 3. und FORSTER Observat. succiliv. Lib. I. cap. 22. (T. II. *Thes. Otton.*) Vitae sequioris wäre also so viel als vitae deterioris, und soll einen faulen, nachläßigen Menschen bezeichnen.

68) *L.* 8. §. 17. *D. h. t.* Sed et si non de omnibus inquisierit, quae Oratio mandat. hoc est, de *causa*, de *modo*, de *personis transigentium*; dicendum est, quamvis de quibusdam quaesierit, transactionem esse irritam.

69) *L.* 8. §. 22. *D. h. t.*

70) *L.* 8. §. 15. *D. h. c.*

c) Da auch öffentliche Strafen wegen begangener Verbrechen der Willkühr der Privatperſonen nicht unterworfen ſind, ſo kann ein Vergleich von keiner rechtlichen Wirkung ſeyn, der zur Verheimlichung eines Verbrechens unmittelbar über dieſe geſchloſſen wird[71]). Die öffentliche Strafe kann dadurch nicht aufgehoben werden, es kann auch ein ſolcher Vergleich den Richter nicht hindern, das Verbrechen von Amtswegen zu rügen[72]). Hingegen über das Privatintereſſe des Beſchädigten kann zwiſchen ihm und dem Verbrecher ohne Zweifel ein Vergleich eingegangen werden, weil dieſer Gegenſtand ihrer Privatverfügung unterworfen iſt. Ein ſolcher Vergleich hebt nicht nur die Klage auf Schadenserſatz auf, ſondern mildert auch zuweilen mittelbarer Weiſe die Strafe, wenn nämlich das Geſetz den Nachtheil des Beſchädigten zum Hauptmaasſtab der Strafe angenommen hat, wie z. B. beym Diebſtahl, Räl-

71) *L.* 7. §. 14. *D. de pact.* Et in caeteris igitur omnibus ad Edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, ſed ad rem familiarem reſpiciunt, paciſci licet. *L.* 27. §. 4. *D. eod.* Item, *ne experiar interdicto unde vi*, quatenus publicam cauſam contingit, paciſci non poſſumus. Et in ſumma ſi pactum conventum a re privata remotum ſit, non eſt ſervandum. *L.* 5. *pr. D. de pactis dotalib.* — ne publica coercitio privata pactione tollatur.

72) Art. 214. der Peinl. Gerichtsordnung Carls V. „und wo der Beſchädigte nit peinlich klagen wolt, ſo ſoll dennoch die Oberkeyt den Thäter nichts deſto weniger von Ampts wegen rechtfertigen, und nach Gelegenheyt der Perſon und Ueberfarung ſtraffen laſſen.“ Add. *L.* 2. *C. de abolit.* S. BOEHMER ad *Carpzovium.* Quaeſt. CXLVIII. Obſervat. 1.

fälscherey u. d. [73]). Das römische Recht unterscheidet noch insonderheit zwischen öffentlichen und privat Verbrechen, und erlaubt zwar in Ansehung der letztern, z. E. bey Injurien, Diebstählen, und solchen widerrechtlichen Beschädigungen, welche das Aquilische Gesetz rügt, den Privatvergleich mit der Wirkung, daß die Klage des Beschädigten auf die ihm gebührende Privatstrafe nicht statt findet [74]), weil darunter nicht das allgemeine Beste, sondern nur das Privatinteresse des Transigenten litte; hatte indessen das Verbrechen die Infamie zur Folge, wie z. B. der Diebstahl, so vermied der Angeschuldigte solche durch den Transact nicht [75]), weil man ihn nun für einen solchen hielt, der durch das Anerbieten des Vergleichs das schuldgegebene Verbrechen wirklich eingestanden habe [76]): wofern nicht etwa der Vergleich unter richterlicher Auctorität geschlossen worden [77]). Bey den öffentlichen Verbrechen hingegen stellt das Römische Recht andere Grundsätze auf. Es unterscheidet zwischen Capitalverbrechen, worauf eine

73) Art. 112. 113. u. 160. der P. G. O. Carls V. BOEHMER c. l. Quaest. CXLVIII. Obs. 3. Kleinschrods systematische Entwickelung der Grundbegiffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 89.

74) *L. 54. §. ult. D. de furtis.* Si tutor transegit eum fure, evanescit furti actio. *L. 7. §. 14. in fin. de pactis.* Nam et de furto paciscí Lex permittit.

75) *L. 4. §. ult. D. his, qui not. infamia.*

76) *L. 5. D. eodem.* Quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur.

77) *L. 6. §. 13. D. eodem.* Qui iussu praetoris, pretio dato, pactus est, non notatur. S. NOODT Diocletian. et Maximian, sive de transactione et pactione criminum Cap. 4.

eine Todesstrafe stehet, und andern öffentlichen Verbrechen, die nicht capital sind[78]). Bey den öffentlichen Verbrechen der erstern Art wird es für unsträflich gehalten, einen Vergleich zu schliessen. Der Grund hiervon, wie ihn Ulpian[79]) angiebt, ist, weil derjenige billig Verzeihung verdient, welcher sein Leben, so gut er kann, zu retten sucht[80]). Ein solcher Vergleich war jedoch nur erlaubt, ehe die Anklage angestellet ward[81]). Denn war die Anklage

78) *L.* 18. *Cod de Transact.* Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est; in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.

79) *L.* 1. *D. de bonis eorum, qui ante sentent.* In capitalibus criminibus a Principibus decretum est, non nocere ei, qui adversarium corrupit: sed in his demum, quae poenam mortis continent. *Nam ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemtum voluit.*

80) Ob auch der Ankläger straffrey gewesen, der sich verglichen hatte, ist zweifelhaft. NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. 12. et 13. läugnet dieses, und glaubt, der Ankläger sey allezeit straffällig gewesen, wenn er, es sey vor oder nach angestellter Anklage geschehen, Geld genommen hätte, um von der Anklage abzustehen. Allein die *L.* 18. *C. h. t.* redet ganz allgemein, und schließt den Ankläger nicht aus. Es wäre auch wirklich ganz inconsequent, wenn das Gesetz dem Angeklagten verzeihen, und den Ankläger, ohne dem doch der Vergleich nicht geschlossen werden konnte, deßhalb hätte strafen wollen. Man sehe DONELLUS ad L. 18. C. h. t. VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 19. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. VIII. Not. z. p. 273. und Kleinschrod a. a. O. §. 91. S. 209.

81) *Io. Iac.* WISSENBACHII Comment. cathedrar. in libros VII. priores Cod. Iustin. ad L. 18. Cod. h. t. §. 3. *Ant.* SCHULTING

klage einmahl angestellt, so konnte der Ankläger, ohne Abolition zu erhalten, nicht von der Anklage abstehen, sonst hatte er nebst der Infamie noch andere Strafen zu erwarten[82]). Es wurde auch durch einen solchen Vergleich das Verbrechen selbst nicht aufgehoben, wie Cujaz[83]) behaupten will, sondern die Wirkung desselben bestand bloß darin, einmahl daß der Ankläger nun nie wieder anklagen konnte, welcher sich einmahl verglichen hatte[84]); und zweytens, daß man den Angeschuldigten nicht geradezu für geständig und überwiesen erklären konnte[85]), denn man glaubte, daß nicht sowohl Gewissensangst, als Furcht vor der grossen Gefahr, welche die Betrachtung des ungewissen Ausgangs eines Criminalprocesses erweckt, ihn veranlaßt habe, seinen Gegner zu bestechen, um ihn von der Anklage abzuhalten[86]). Da nun aber freylich der Ankläger nur über sein Recht transigiren konnte, so hinderte der Vergleich keinen andern, die Anklage dieses Verbrechens dennoch

TING in Enarrat. part. primae Dig. h. t. §. 10. Kleinschrod a. a. O. §. 90. Anderer Meinung ist jedoch VOET h. t. §. 19.

82) *L.* 1. §. 7. *et* 10. *L.* 15. *pr. D. ad SCtum Turpill. L.* 1. *et* 2. *Cod. eodem. L.* 6. §. 3. *D. de decurion.*

83) Lib. VI. Observat. c. 11.

84) *L.* 2. *L.* 15. §. 4. *D. ad SCtum Turpillian. L.* 3. *C. eod.*

85) *L.* 7. *D. de praevaricator.* In omnibus causis, *praeterquam in sanguine*, qui delatorem corrupit, ex Senatusconsulto pro victo habetur. Man vergleiche hier *Hubert.* GIPHANII Explanat. difficilior. Legum Cod. Iustin. ad L. 18. C. h. t. pag. 58.

86) WISSENBACH cit. loc. §. 4. pag. 79.

noch zu unternehmen [87]). In Capitalfällen konnte also derjenige nach Röm. Recht nicht gestraft werden, der Geld gab oder nahm, um eine künftige Anklage von sich abzuwenden, oder zu unterlassen. Nur in Ansehung des Ehebruchs fand eine Ausnahme statt [88]), weil man einen Vergleich darüber

87) *L. 5. D. ad L. Iul. de vi publ.* NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. XI. DONELLUS in Commentar. ad L. 18. C. h. t. nr. 4. p. 97. WISSENBACH c. l. §. 4. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. VIII.

88) Mehrere Rechtsgelehrte wollen die Worte: excepto adulterio in der *L.* 18. *C. h. t.* für einen Zusatz des Tribonians halten, welcher aus der *L. 10. Cod. ad L. Iul. de adulter.* geflossen sey. Denn man glaubt, daß der Ehebruch zu den Zeiten der Kr. Diocletian und Maximian noch kein Capitalverbrechen gewesen, sondern erst vom Kr. Constantin dem Großen dafür erklärt worden sey. *L. 30. §. 1. C. ad L. Iul. de adult.* Dieser Meinung sind vorzüglich NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. 15 — 19. WISSENBACH ad L. 18. C. h. t. § 5. CUJACIUS lib. VI. Obs. 11. DONELLUS ad cit. L. 18. nr. 6. *Aut.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 11. ECKHARD in Hermeneut. iuris Lib. I cap. 6. §. 259. WALCH in notis ad *Eundem* h. l. pag. 468. und *Guil. Otto* REITZ Excurs. XX. ad *Theophili* paraphr. graec. Institut. Tom. II. pag. 1243. glaubt diese Interpolation des Tribonians durch eine Stelle des *Scholiastis Basilicōn* Tom. I. pag. 810. dergestalt ausser Zweifel gesetzt zu haben, daß er sagt: *neminem in posterum eam negare castrum esse.* Ihm stimmt auch PÜTTMANN Interpretat. et Observat. iur. Rom. cap. XXXV. pag. 191. bey. Dessen ungeachtet glaube ich noch immer, daß es unnöthig sey, hier ein Emblema Triboniani anzunehmen. Denn es läßt sich aus der angeführten *L.* 30. *Cod.* nicht ersehen, daß Constantin der Grosse den Ehebruch zuerst mit dem Tode bestraft habe. Es haben viel. hr

darüber als eine strafwürdige Kuplerey (lenocinium) betrachtete [89]). Bey andern öffentlichen Verbrechen, welche nicht capital sind, war aller Vergleich unerlaubt und strafbar [90]). Hier konnte jene Schonung, die man in Kapitalfällen für so billig hielt, nicht statt finden. Man glaubte vielmehr, der Angeschuldigte habe den Vergleich aus Bewußtseyn der schuldgegebenen That, und aus Gewissensangst angeboten. Ein solcher Vergleich hatte daher die Wirkung, daß der Verdächtige nicht nur für geständig und überwiesen, sondern auch für ehrlos gehalten, der Ankläger aber mit der poena falsi bestraft wurde [91]). Jedoch galt dieß nur in

andere hinlänglich erwiesen, daß schon vor ihm dieses Verbrechen von verschiedenen Kaisern mit der Todesstrafe belegt worden, also die gedachten Worte wohl von Diocletians und Maximians Hand seyn können. Man sehe *Car. Ann.* FABROTTI Exercitat. ad L. 18. C. h. t. (Tom. III. *Thes. Ottonian.* col. 1224. seqq.) VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 18. *Car. Ferd.* HOMMEL Diss. de transactione super omittenda criminis capitalis accusatione actori licita. *Lipsiae 1750.* §. 6. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Qu. IX. not. h.

89) *L.* 2. §. 2. *L.* 14. *L.* 33. § 2. *D. ad L. Iul. de adult.* Kleinschrodt in der angef. systemat. Entwickelung. 2. Th. §. 91. S. 210. Noch andere Gründe führt DONELLUS ad *L.* 18. C. h. t. nr. 7. an.

90) Eben dieses gilt auch von Privatverbrechen, wenn deshalb criminaliter auf eine öffentliche Strafe geklagt wird. S. NOODT in Dioclet. et Maximian. cap. 5. und VINNIUS de Transactionibus Cap. VII. §. 29.

91) de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. X. Mehrere Rechtsgelehrte wollen zwar die Worte *citra falsi accusationem* in der *L.* 18. *C. h. t.* so verstehen, als ob das crimen falsi eine Ausnahme

in dem Falle, wenn man dem Ankläger Geld oder Geldeswerth gegeben hatte, um ihn von der Anklage abzuhalten[92]); denn war mit dem Vertrage keine Leistung verbunden, so war er, wenn er nur vor angestellter Anklage geschlossen worden, so unsträflich, wie in Capitalfällen[93]).

nahme mache, und ein Transact darüber nicht verboten sey. Diese Erklärung soll die *L. 7. C. ad L. Cornel. de falſ.* bestätigen. Man sehe z. B. VOET h. t, § 17. Allein diese Erklärung ist der Sache nicht angemessen; die Präposition *citra* heißt soviel als sine, und in keiner andern Bedeutung haben auch die Kr. Diocletian und Maximian sie jemalen gebraucht, wie aus mehreren andern Verordnungen derselben erhellet. S. *L 19. C. de procurat. L. 24. C. de rei vindic. L. 6. C. Si certum petat. L. 15. C. de iure dot.* In der angeführten *L. 7. C. ad L. Corn. de falſ.* ist auch von keinem Vergleiche über das Verbrechen der Verfälschung die Rede, sondern die Partheyen hatten sich wegen einer Urkunde verglichen, über deren Aechtheit Zweifel entstanden war, und es wurde nur gefragt, ob der Vergleich angefochten werden könnte, wenn der Transigent ein falsum zu erweisen im Stande wäre. Dieses wird verneint. Es ist also hier bloß von der Civilklage die Rede, welche auch *falſi accuſatio* genennt werden kann. *L. 6. §. ult. L. 7. L. 17. pr. D. de inoff. teſtam. L. 14. D. de bon. poſſeſſion. L. ult. §. 2. D. de doli mali et met. except.* wie *Hub.* GIPHANIUS in cit. Explanat. difficil. Leg. Cod. pag. 61. seq. *Hug.* DONELLUS in Comm. ad L. 18. C. h. t. nr. 13. *Ger.* NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. 22. *Io. Iac.* WISSENBAGH in Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 18. *Arn.* VINNIUS in Tr. de transactionib. cap. VII. §. 30—39. und *Ant.* SCHULTING in Prot. h. t. §. 14. längst bemerkt haben.

92) *L. 4. et 29. pr. D. de iure fiſci. L. 18. Cod. Ex quibus cauſ. infam. irrogat.*

93) Kleinschrod a. a. O. §. 90. S. 206.

Da sich diese Grundsätze hauptsächlich auf die Römische Criminalverfassung und die Bemühung der Kaiser den Fiskus zu bereichern, beziehen, so läßt sich davon h. z. T. kein Gebrauch machen. Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche erwächst daher aus einem wegen angeschuldigten Verbrechens angebotenen oder errichteten Vergleiche kein stillschweigendes Bekenntniß. Man pflegt auch einen solchen Vergleich heutiges Tages so wenig für ein crimen falli anzusehen, als denjenigen, der ihn eingegangen, deshalb für ehrlos zu halten [94]).

§. 354.

Unterschied zwischen Transact und *pactum remissorium.*

Ein Transact ist ein oneröser Bilateral-Vertrag. Er erfordert also, daß sich jede der streitenden Partheyen gefallen lasse, etwas von ihrer Forderung aufzuopfern, um auf solche Art den Streit beyzulegen; es geschehe nun durch wechselseitiges Geben oder Nachlassen. Hierdurch unterscheidet sich ein Vergleich von einem Erlassungsvertrage (*pacto remissorio*), wodurch man sich eines gewissen Rechts oder einer Forderung unentgeltlich begiebt. Ein solcher Vertrag ist eine Art von Schenkung [95]), denn meine Absicht ist, dem andern eine Forderung zu erlassen, die ich rechtmäßig an ihm machen kann. Erlasse ich meinem Schuldner, bey einem drohenden oder bereits ausgebrochenen Concurs, nur einen Theil meiner rechtmäßigen Forderung,

94) von Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 103.

95) *L. 9. pr. L. 23. pr. D. de donation. L. 12. D. de Novation. L. 25. et 34. Cod. de Transact. Cap. 10. X. de testibus.*

rung, um den übrigen Theil derſelben deſto leichter zu erhalten, ſo wird ein ſolcher Vertrag ein *pactum remiſſorium* im eigentlichen Verſtande, oder ein Nachlaßvertrag genennt[96]). Ein Transact ſetzt ferner allemahl ein zweifelhaftes und ungewiſſes Recht voraus, bey einem Erblaſſungsvertrage hingegen begiebt man ſich insgemein einer ſolchen Forderung, oder eines ſolchen Rechts, welches ganz unbezweifelt und ausgemacht iſt[97]). Hieraus erklärt ſich nun die Stelle Ulpians[98]), wenn er ſagt: Qui *tranſigit*, quaſi de re dubia et lite incerta, neque finita tranſigit. Qui vero *paciſcitur*[99]), donationis cauſa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. Man kann zwar auch einem ſtreitigen Rechte unentgeldlich entſagen, worüber be-

 reits

96) S. Freyh. von Völderndorf Etwas von Nachlaßverträgen. Erlangen 1788.

97) Renthe §. 5. Nr. 4. S. 8. und beſonders *Matth. de* LUTZENBERGER Diſſ. exhib. transactionis notionem eamque ineundi modos ex iuris Rom. principiis, praeſ. GMELIN, *Tubingae* 1795. def. Sect. I. pag. 10. ſeq.

98) *L.* 1. *D. h. t.*

99) So werden die Worte ſowohl in der Taurellaniſchen, als in der Haloandriniſchen und gemeinen Ausgabe der Pandecten unterſchieden. Allein ſchon CUJACIUS und DONELLUS haben erinnert, daß das Comma ſchicklicher nach den Worten *donationis cauſa* zu machen ſey; und dieſe Unterſcheidungsart iſt allerdings vorzuziehen, weil, wie auch NOODT de pactis et transactionibus cap. 3. (*Oper.* Tom. I. pag. 490.) bemerkt hat, die Worte *donationis cauſa* und *liberalitate* eine unnütze Tautologie ſeyn würden, obgleich VINNIUS de Transact. cap. I. §. 7. dennoch für die gemeine Lesart ſtreitet.

reits ein Proceß anhängig war. Denn Paulus [100]) sagt ausdrücklich: de rebus litigiosis et *convenire* et transigere possumus. Das Wort *convenire*, welches hier dem *transigere* entgegen gesetzt wird, bedeutet aber nichts anders, als donationis causa pacisci seu debitum remittere gratis [1]). Allein dieß ist eines Theils doch nur ein seltener Fall [2]), andern Theils aber will auch Ulpian hier nicht das Gegentheil lehren, sondern, wie ihn Noodt [3]) versteht, nur soviel sagen, daß man auch eine gewisse und unbezweifelte Forderung durch ein pactum remissorium erlassen könne, dahingegen ein Transact immer über eine ungewisse Sache oder über ein streitiges Recht geschlossen wird.

§. 355.

Wirkungen des Vergleichs in Absicht auf das daraus entspringende Recht.

Durch einen gültig abgeschlossenen Vergleich erlangen nun die Partheyen ein vollkommenes Recht, was ihnen, ohne

100) *Lib. I. Sentent. receptar. T. I. §. 5.* (in SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 220.)

1) So werden auch in der *L. 25. Cod. h. t.* transigere, und donationis causa debitum remittere einander ausdrücklich entgegensetzt.

2) Einen solchen Fall hat WERNHER in Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obs. 16 wo der Kläger bereits den Grund seiner Klage erwiesen hatte, und nachher liti renunciirte. Hierzu kam, daß der Gegentheil den sich angemaßten Gegenbeweis hatte desert werden lassen, folglich des Klägers Forderung ganz ausser Zweifel war.

3) c. 1 pag. 490. seq.

ohne offenbare Ungerechtigkeit, auch nicht einmal von dem Landesherrn selbst, wieder genommen werden kann. Nur in dem einzigen Falle, da nämlich das gemeine Wohl mit dem erworbenen Rechte des einzelnen Unterthans in Collision kommt, kann der Unterthan genöthiget werden, sein aus dem Transact erworbenes Recht, jedoch nur gegen hinlängliche Entschädigung, aufzuopfern [4]). Ausserdem bleibt es bey dem Ausspruch der Kaiser **Diocletian** und **Maximian** [5]), daß die Fortsetzung eines Rechtsstreits, der einmal durch rechtmäßigen Vergleich entschieden worden ist, auch nicht einmal durch ein landesherrliches Rescript zugelassen werden dürfe. Auch kein Theil kann ohne des andern Einwilligung vom Transact abgehen, und die aufgegebene Klage von neuen anfangen [6]), wofern nicht eine rechtmäßige Ursache vorhanden ist, welche denselben von dem eingegangenen Vergleiche zurück zu treten berechtiget. Wer ohne rechtmäßige Ursach den Vergleich zu halten sich weigert, und demselben zuwider handelt, dem kann nicht nur die exceptio pacti et doli entgegen gesetzt werden, sondern er hat auch die auf den Contraventionsfall stipulirte Strafe verwirkt [7]); ja wenn der Vergleich zu desto mehrerer Sicher-

4) S. **Pütters** Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 1. Th. N. XX. S. 357 ff. und *Io Christ.* MAIER Diss. de regimine territoriali eiusque habitu ad iura quaesita subditorum. *Tubing.* 1791. §. 13. seqq

5) *L. 16. C. h. t.* Causas vel lites transactionibus legitimis finitas, imperiali rescripto resuscitari non oportet.

6) *L. 39. D. h. t.*

7) *L. 16. D. eod. L. 23. §. 3. D. de condict. indeb. L. 37. C. h. t.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. cit. 16. pag. 235.

heit mit einem Eide bekräftiget worden, so soll, nach einer gewissen Verordnung des Kaisers Arcadius [8]), derjenige, welcher

Es kann jedoch nicht zugleich die exceptio pacti vorgeschützt, und auch auf die verabredete Strafe geklagt werden. Sondern ist mir an der Erfüllung des Transacts gelegen, und ich bediene mich deßhalb der Exception wider die dem Vergleich zuwider angestellte Klage meines Gegners, so muß ich auf die Conventionalstrafe Verzicht thun; es wäre denn, daß gleich bey Errichtung des Vergleichs festgesetzt worden, daß im Contraventionsfall, rato manente transactionis placito, die Strafe erlegt werden solle. *L. 10. §. 1. D de pact. L. 15. D. h. t. L. 17. L. 40. Cod. eodem.* S. COCCEJI in jure civ. controv. h. t. Qu. 16. WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disput. X. Th. 29. und Renthe §. 88. u. 89. Man vergleiche auch den 4ten Th. dieses Commentars §. 340. S. 533. ff.

8) *L. 41. Cod. h. t.* Si quis major annis viginti quinque adversus pacta vel transactiones, nullo cogente imperio, sed libero arbitrio et voluntate confectas, putaverit esse veniendum, vel interpellando iudicem, vel supplicando Principibus, vel non implendo promissa: eas autem, *invocato Dei omnipotentis nomine*, eo auctore solidaverit: non solum notetur infamia, verum etiam actione privatus, restituta poena, quae pactis probatur inserta, et rerum proprietate careat, et emolumento, quod ex pactione vel transactione illa fuerit consecutus: itaque omnia eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata pacti iura servaverint. Ueber die Veranlassung und geheimen Absichten dieses Gesetzes, wovon Rufinus, an welchen solches gerichtet ist, einen vorzüglichen Antheil haben soll, kann man des *Jac.* GOTHOFREDI Commentar. in Cod. Theodos. ad L. 8. h. t. Tom. I. pag. 156. (edit. *Ritter.*) nachsehen. Es läßt sich indessen an dem heutigen Gebrauche desselben nicht zweifeln, welchen RICHTER Consilior. et Responsor. Vol. II. Consil.

welcher einen solchen Transact betrügerischer Weise bricht, vorausgesetzt, daß er die Jahre der Volljährigkeit schon erreicht hat, nicht nur seines Rechts verlustig, und verbunden seyn, alles aus dem Vergleich bereits Erhaltene dem andern wieder herauszugeben, sondern er soll auch, wenn mit der Uebertretung des Transacts noch eine Conventionalstrafe verknüpft wäre, diese erlegen, und überdem, als ein Meineidiger, mit der Strafe der Infamie belegt werden [9]).

Consil 176. BRUNNEMANN in Commentar. ad h. L. nr. 13. *Frid. Christph.* HARPPRECHT in Diss. de remedio Legis: Si quis major 41. Cod. de Transaction. §. 1. (*Dissertation. academ.* Vol. I. Disput. IX. pag. 318. seq.) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XXXIV. Th. 1. Not. und mehrere andere practische Rechtsgelehrten bezeugen. Daß jedoch, wenn die Strafen dieses Gesetzes statt finden sollen, die Leistung eines körperlichen Eides erfordert werde, wie BACHOVIUS ad *τὰ πρῶτα* Tit. de his, qui not infam. pag. 787. behaupten will, ist aus dem Gesetz nicht zu ersehen. Es ist daher für hinreichend zu halten, wenn die Eidesformel der Vergleichsurkunde wörtlich eingerückt ist, welche von beyden Theilen unterschrieben worden. Man sehe HARPPRECHT Diss. de transactione iurata §. 6. 7. et 8. (*Dissertat. academ.* Vol. I. Diss. VIII. pag. 274. seq.) STRYK de cautelis contractuum Sect. III. Cap. VII. §. 18. und *Frat.* BECMANNORUM Consil. P. II. Cons. 57. nr. 19.

9) Eine ausdehnende Erklärung läßt sich bey diesem Gesetz nicht füglich annehmen, wenn gleich mehrere Rechtsgelehrten die Verordnung desselben auf alle andere beschworne Contracte anwenden wollen, zu denen vorzüglich BRUNNEMANN in Commentar. ad h. L. nr. 4. et seqq. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Diss. VIII. Th. 5. lit. k. und HARPPRECHT in Diss. cit. de remedio L. 41. C. h. t. §. 40. gehören. Denn der Grund dieses Gesetzes beruhet, wie *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior, et celebrior. Legum Cod. ad h. L. pag. 72. ganz richtig

Es entsteht hierbey die Frage, ob man von einem getroffenen Vergleiche nicht deswegen abgehen dürfe, weil der andere Theil solchem entgegen gehandelt hat? Mehrere Rechtsgelehrte [10]) tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und beziehen sich auch auf verschiedene Gesetzstellen [11]). Allein diese Meinung läßt sich, als Regel, nicht behaupten, wenn man erwägt, wie nachdrücklich die römischen Gesetzgeber überall ihr Mißfallen über die Erneuerung verglichener Processe zu erkennen gegeben haben [12]). Es kann daher die Entgegenhandlung des einen Theils an und für sich dem andern noch kein Recht geben, von einem gültig geschlossenen Vergleiche abzugehen, sondern es kann deshalb nur auf die Erfüllung des Vergleichs, oder auf das deshalb eintretende Interesse geklagt werden [13]). Die Gesetze, welche man zur Unter-

tig bemerkt, nicht blos *in religione iurisiurandi*, sondern auch *in favore transactionis, propter lites dirimendas*, und dann lassen überhaupt Strafgesetze keine ausdehnende Erklärung zu. Es sind auch die Strafen so beschaffen, daß sie nur hauptsächlich auf einen Vergleich anwendbar sind. S. HAHN ad *Wesenbecium* h. t. nr. 7. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Nr. 188. S. 1. ff.

10) WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. Disput. X. §. 30. *de* COCCEJI in Iure civ. controv. h. t. Qu. XV. Claproth in der Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. §. 128. S. 353. und Not. m. S. 355. Renthe §. 80. u. a.

11) *L. 27. pr. D. de inoff. testam. L. 14. Cod. h. t.*

12) *L. 6. L. 10. L. 16. L. 17. L. 33. L. 36. et L. 39. Cod. h. t.*

13) Man sehe *Ios. Fernand. de* REYES Opuscul. Lib. II. Sect. II. Cap. I. §. 10 seqq. (Tom. VI. *Thes. Meermann.* pag. 119. seq.)

Petr.

Unterſtützung der verneinenden Meinung anzuführen pflegt, ſind auch unſerer Behauptung nicht zuwider. Denn die angeführte L. 27. pr. D. de inoff. teſt. ſetzt den Fall voraus, daß der Vergleich nudo pacto geſchloſſen worden [14]), und daher nach dem römiſchen Rechtsſyſtem keine Klage wirkte. Es war alſo, um den Contravenienten zur Erfüllung des Vergleichs zu nöthigen, kein anderes Mittel übrig, als dies, daß man die alte Klage gegen denſelben fortſetzte, als welche durch das nudum transactionis pactum nicht ipſo iure aufgehoben wurde, und dann, wenn ſich der Beklagte etwa mit der Einrede des geſchloſſenen Vergleichs zu ſchützen ſuchte, demſelben die replicam doli entgegenſetzte [15]). Es kam folglich immer noch darauf an, ob ſich nicht der Beklagte hierdurch bewegen ließ, den Vergleich zu erfüllen. Geſchah dieſes, ſo mußte ihm die aequitas exceptionis, wie die Kaiſer

Prr. GRANGIANUS in Paradoxis iur. civ. cap 29. (Tom. V. *Theſ. Ottoniani* col. 629.) *Hugo* DONELLUS in Comment. ad L. 36. Cod. h. t. *Aug. a* LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLVI. meditat. 5. *Io. Balth. a* WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. III. Obſerv. 173. Pütter in den auserleſenen Rechtsfällen 2 Band 4. Th. Reſp. CCXXXVII. nr. 18 ff. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h t. Qu. XV. Not. k. pag. 280.

14) Dieß erhellet aus den Worten der *L* 27. *pr. D. de inoff. teſt.* de lite *pacto* transactum eſt, ganz deutlich, denn das Wort *pactum* zeigt in den Geſetzen insgemein ein pactum nudum an, wie auch *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficiliorum legum Codicis ad L. 28. h. t. pag. 66. bemerkt hat. Vergleiche auch *Ant.* FABER in Rational ad cit. L. 27. pr. D. de inoff. teſtam. und EMMINGHAUS c. l. in fin.

15) Man ſehe hier beſonders GIPHANIUS ad L. 28. C. h. t.

Kaiser Diocletian und Maximian [16]) sich ausdrücken, noch immer zu statten kommen, und die Erneuerung der Klage bleibt daher nur gleichsam die letzte Zuflucht, wenn kein anderes Mittel übrig war, den morosen Transigenten zur Erfüllung seines Versprechens zu vermögen [17]). Soviel hingegen die noch angeführte L. 14. C. h. t. anbetrift, so gehört sie eigentlich gar nicht hierher, da sie von einem solchen Falle redet, wo sich der andere Theil die Nichterfüllung des Vergleichs gefallen ließ, folglich der Transact mit beyderseitiger Bewilligung aufgehoben wurde [18]). Eine Ausnahme von der Regel findet indessen statt, wenn dem Vergleiche die com-

16) *L. 36. Cod. h. t.* Si maior annis viginti quinque transegisti, quamvis dari tibi placita, repraesentata, necdum probentur: nec offerant hi, qui conveniuntur, ne quid amplius ab his exigi possit, *exceptionis proficit aequitas*: nämlich quoad reus promissa implebit, quibus non impletis, instaurata vetere actione, merito damnabitur, wie DONELLUS in Comment. ad h. L. nr. 3. diese Stelle sehr richtig erklärt.

17) Dieß setzt insonderheit die *L. 28 C. h. t.* ausser allem Zweifel, wie *de* RERES c. l. §. 11. pag 120. gezeigt hat. Heutiges Tages bedarf es nun dieses Zwangsmittels ohnedem nicht mehr, weil aus einem jeden verbindlichen Transact auf dessen Erfüllung geklagt werden kann. S. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obs. 160. und WISSENBACH ad L 28. Cod. h. t.

18) Die Worte der *L. 14. cit.* zeigen dieses deutlich: Si diversa pars contra placitum agere nititur aequitatis ratio suadet, refusa pecunia, *(cum et tu hoc desideras)* causam ex integro agi. Man vergleiche über dieses Gesetz DONELLUS, GIPHANIUS, WISSENBACH in Comment. ad Cod. und LEYSER cit. loc. Siehe auch *Fratr.* BEGMANNORUM Consil. et Decision. Part. I. Responsi. XV. Them. II. et nr. 13. pag. 240.

commissorische Clausel ist beygefügt worden, vermöge welcher derselbe seine Gültigkeit verlieren solle, wenn der andere Theil binnen der gesetzten Zeit dasjenige, wozu er sich in dem Vergleiche verbindlich gemacht hat, nicht erfüllen würde. Die Wirkung dieser Clausel ist, daß wenn der andere Transigent innerhalb der bestimmten Zeit seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, ohne eine rechtmäßige Entschädigung anführen zu können, mir nun zweyerley Rechtsmittel zustehen; ich kann nämlich entweder aus dem geschlossenen Vergleiche auf dessen Erfüllung klagen, welches Recht mir, der commissorischen Clausel ungeachtet, unbenommen bleibt [19]); oder ich kann von dem Vergleiche abgehen, und nicht nur dasjenige, was ich des Vergleichs wegen dem andern gegeben oder überlassen habe, mit der condictione ob causam datorum zurückfordern, sondern auch überhaupt alle diejenigen Rechtsmittel wieder gebrauchen, welche mir vor Eingehung des Transacts zustunden [20]). Eine zweyte Ausnahme, welche unser Verf. noch anführt, ist, wen die Contravention des andern Theils den Grund des ganzen Transacts aufhebt. Z. B. ich vergleiche mich mit dem Intestaterben, der mit mir zwar im Testament bedacht worden, aber doch dasselbe aus dem Grunde der Nichtigkeit anfechten wollte, auf ein gewisses Abfindungsquantum. Er handelt aber dennoch dem Vergleich zuwider, und stellt nicht nur seine Nullitätsklage an, sondern stößt auch überdem harte Läste-

19) L. 4. §. 2. *D. de lege commissor.*

20) *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decision. Part. I. Responsa. XV. Qu. 3. nr. 12. seqq pag. 240. *de* CANNCIESSER Decision. Hasso-Casellan. Tom. II. Decis. CLXXX. STRYK de cautelis contract. Sect. III. cap. VII. §. 22.

Läſterungen wider den Verſtorbenen aus. Hier bin ich dem Contravenienten die verglichene Abfindungsſumme zu bezahlen nicht gehalten. Denn da er ſich durch ſeine Läſterungen gegen den verſtorbenen Erblaſſer ſeines Erbrechts gänzlich verluſtig gemacht, in Rückſicht deſſen ich mit ihm tranſigiret hatte; ſo fällt hier der Grund des ganzen Vergleichs weg [21]). Es iſt jedoch hierbey noch zu bemerken, daß die Entwährung der durch den Vergleich dem andern überlaſſenen Sache in keinem Falle ein Recht giebt, von dem Vergleiche abzugehen, und den aufgegebenen Rechtsſtreit wieder zu erneuern [22]). Denn entweder ich habe dem andern eine Sache gegeben, um das unter uns im Streite befangene Gut zu erhalten oder behalten zu dürfen; oder ich habe die im Streite befangene Sache ſelbſt meinem Gegner für eine andere Sache überlaſſen. In dem erſtern Falle findet die Reivindication, deren ſich mein Gegner einmahl begeben hat, darum nicht weiter gegen mich ſtatt, weil er

21) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLVII. medit. 7.

22) *L.* 33. *Cod. h. t.* Si pro fundo, quem petebas, praedium certis finibus liberum dari transactionis cauſa placuit, nec eo tempore minor annis viginti quinque fuiſti, licet hoc praedium obligatum eſt, vel alienum pro parte fuerit probatum; inſtaurari deciſam litem prohibent iura: Ex ſtipulatione ſane; ſi placita ſervari, ſecuta eſt; vel ſi non interceſſerit, praeſcriptis verbis actione civili ſubdita, apud Rectorem provinciae agere potes. Si tamen res ipſas apud te conſtitutas, ob quarum quaeſtionem litis interceſſit deciſio, fiſcus vel alius a te vindicavit: nihil petere potes. Ueber dieſes Geſetz verdienen vorzüglich *Hugo.* DONELLUS in Commentar. ad Cod. pag. 112. ſeq. und *Ger.* NOODT de pactis transactionibus cap. XIV. §. *Sed transactio* etc. (Tom. I. *Oper.* pag. 525. ſeq.) nachgeſehen zu werden.

er sich nicht mehr als Eigenthümer der Sache betrachten kann, deren Eigenthum vielmehr auf mich per traditionem brevis manus übergegangen ist. Es kann daher in diesem Falle der andere Theil nur von mir verlangen, daß ich ihm die Gewähr leiste, wenn ihm die gegebene Sache entwähret worden, und deßhalb gegen mich mit der actione ex stipulatu, oder actione civili praescriptis verbis klagen. In dem andern Falle hingegen, da ich die streitig gewesene Sache selbst meinem Gegner für eine andere überlassen habe, es sey nun, daß derselbe erst den Besitz der Sache durch den Vergleich erhalten, oder sich schon in dem Besitz derselben befand, da ich mich mit ihm verglich, findet nicht einmahl eine Verbindlichkeit zur Gewährsleistung statt, geschweige denn, daß wegen der Entwährung die alte Klage wieder angefangen werden könnte[23]). Denn man kann hier nicht sagen, daß ich dem Vergleich entgegen gehandelt habe, wenn die streitige Sache, die ich vermöge des Vergleichs meinem Gegner überlassen, nachher von einem Dritten entwähret worden; genug, daß ich ihm die Sache mit dem Rechte überlassen habe, mit welchem ich sie selbst besaß, oder mein Gegner sie besessen haben würde, wenn nie ein Streit darüber entstanden wäre[24]).

Ein

23) Man vergleiche hier besonders VOET in Comm. ad Pandect. Tom. I. Lib. XXI Tit. 2. §. 10. *Cosp.* CABALLINUS in Tract. de evictionibus. (*Venet. 1571. 8.*) §. IV. nr. 46 pag. 182. seq. und Griesinger im Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 4. Band. §. 255. S. 1053. f. Ein anders ist, wenn die Gewährleistung ausdrücklich versprochen worden. S. *Just. Henn.* BOEHMER in Diss. de usu et commodis pacti de praestanda evictione. *Halae 1736.* Cap. II. §. 17.

24) *L. 75. D. de Verb. Signif.* Die meisten practischen Rechtsgelehrten wollen jedoch dieß nur von dem Falle verstehen, wenn

Ein Vergleich verbindet nun der Regel nach nur diejenigen, welche denſelben mit einander geſchloſſen haben, und auch nur dieſe erwerben in der Regel ein Recht daraus[25]). Es treten hier die nämlichen Grundſätze ein, welche bereits in der Lehre von Verträgen (§. 314. und 315) vorgetragen worden ſind. Einem Dritten kann daher ein geſchloſſener Vergleich weder zum Schaden noch zum Vortheil gereichen[26]). So z. B. kann ein Transact, der über ein in Streit

wenn der Gegner die ſtreitige Sache ſchon in Beſitz gehabt, die ich ihm durch den Vergleich überlaſſen habe. Sie behaupten daher, daß derjenige, welcher ein ſtreitiges Gut, das er ſelbſt beſaß, ſeinem Gegner, der es in Anſpruch nahm, vermöge des Vergleichs eingeräumt habe, zur Gewährsleiſtung eben ſowohl verbunden ſey, als wenn er, um daſſelbe behalten zu dürfen, ſeinem Gegner eine andere Sache von dem Seinigen gegeben hätte. S. CARPZOV P. II. Conſtit. XXXIV. Def. 28. MEVIUS P. V. Deciſ. 341. LAUTERBACH Colleg th. pract. Pandect. Tit. de evictionibus §. 13. FRANSKIUS Comment. ad Pandect. eod. Tit. nr. 413. ſeqq. BRUNNEMANN in Comment. ad L. 33. C. de Transact. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 114. Orth Anmerkungen über die Frankfurter Reformation 2. Band. S. 617. u. a. m. Allein daß dieſe Meinung dem Römiſchen Rechte nicht gemäß ſey, haben ſchon NOODT und VOET cit. loc. gezeigt.

25) VOET ad Pand. h. t. §. 22.

26) *L.* 3. *princ. D. h. t.* Imperatores ANTONINUS et VERUS ita reſcripſerunt: *Privatis pactionibus non dubium eſt non laedi ius caeterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta eſt, neque teſtamentum reſciſſum videri poſſe, neque manumiſſis vel legatariis actiones ſuae ademptae. Quare quidquid ex teſtamento petunt, ſcriptum heredem convenire debent: qui in transactione hereditatis aut cavit ſibi pro*

Streit gezogenes Teſtament geſchloſſen worden, den Legatarien auf keine Weiſe präjudiciren, welche an der Schlieſſung deſſelben keinen Antheil genommen haben[27]). Es hilft aber auch den wahren Erben nichts, wenn man ſich einer Forderung wegen mit demjenigen verglichen, der ſich für den Erben ausgab, wenn gleich der Transact in Rückſicht auf die Erbſchaft geſchloſſen worden. Scävola[28]) hat folgenden Fall: Ein Gläubiger hatte das von ſeinem Schuldner in Händen habende Pfand eigenmächtig verkauft, und war geſtorben. Mävius gab ſich für den rechtmäßigen Erben dieſes Gläubigers aus, und verglich ſich mit

pro oneribus hereditatis, aut, ſi non cavit, non debet negligentiam ſuam ad alienam iniuriam referre. Man ſehe über dieſes Geſetz *Io. Ortw.* WESTENBERG Divum Marcum Differt. III. Cap. I. pag. 42. ſeqq. *L.* 1. *C. eodem.* Neque pactio neque transactio, cum quibusdam ex curatoribus ſive tutoribus facta, auxilio caeteris eſt in his, quae ſeparatim communiterve geſſerunt vel gerere debuerunt. Cum igitur tres curatores habueris, et cum duobus ex his tranſegeris, tertium convenire non prohiberis.

27) *L.* 29. §. 2. *D. de. inoff. teſtam.* Quamvis inſtituta inofficioſi teſtamenti accuſatione, res transactione deciſa ſit, tamen *teſtamentum in ſuo iure manet*: et ideo datae in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia permittit, ſuam habent poteſtatem. Es wird jedoch vorausgeſetzt, daß der Legatar die Gültigkeit des Teſtaments beweiſen kann; denn von einem Teſtament, welches nie gültig geweſen, kann man nicht ſagen, *in ſuo iure manet*, wie auch VOET l. c. bemerkt. Ueberdem ſagt auch die *L.* 3. *pr. D. de pign. et hyp.* Legata aliter valere non poſſunt, quam ſi teſtamentum ratum eſſe conſtaret.

28) *L.* 3. §. 2. *D. h. t.*

mit dem Schuldner über die Entschädigung um ein Billiges. Bey Eröfnung des Testaments ergab sich, daß nicht Mävius, sondern Septizius des Verstorbenen Erbe war. Es wurde gefragt, ob sich dennoch Septizius, wenn ihn der Schuldner seines Erblassers mit der actione pignoratitia belangt, auf jenen Vergleich berufen könne, den Mävius deßhalb geschlossen? Die Entscheidung fiel gegen den Septizius aus, weil der Schuldner keinen Vergleich mit ihm geschlossen hätte, und Mävius von dem Septizius nicht bevollmächtiget gewesen sey. Es giebt jedoch auch hier Ausnahmen von der Regel. Denn so können sich

1) Fälle ereignen, wo Jemand aus dem Transact eines andern, an dem er keinen Antheil genommen, verbunden wird. Dieß geschieht a) in allen den Fällen, in welchen Jemand in Sachen eines andern zu transigiren befugt war, welche oben (§. 352.) vorgekommen sind. Daher wird die Frau durch den Transact, den ihr Ehemann in Rücksicht ihrer Güter als Verwalter derselben, geschlossen hat (S. 48), ein Pupill aus dem Vergleiche seines Vormundes (S. 40.), ferner ein Sohn aus dem Transact, welchen der Vater über sein peculium adventitium auf eine rechtsgültige Art geschlossen hat (S. 45. folg.), verbunden.

b) Verbindet ein Transact auch den, welcher in die Rechte und Verbindlichkeiten desjenigen tritt, der den Vergleich geschlossen hat[29]) So wird z. B. der Erbe aus dem Transact des Erblassers, ferner der Cessionar aus dem Vergleiche des Cedenten verbunden. Papinian[30]) führt hiervon

29) POTHIER Pandectae Iustinian. h. t. Art. IV. Nr XVI.

30) *L. fin. D. h. t. Christfr.* WAECHTLER Opuscul. p. 723. seqq.

hiervon folgenden Fall an. Es hatte Jemand eine Erbschaft verkauft, und dem Käufer alle Erbschaftsgüter und Forderungen abgetreten, immittelst aber mit einem Erbschaftsschuldner, der von dem Verkauf nichts wußte, einen Vergleich getroffen. Hier kann sich der Schuldner mit der Einrede des geschlossenen Vergleichs schützen, wenn er von dem Käufer der Erbschaft der Schuld wegen belangt wird.

c) Zuweilen muß sich ein Dritter den Vergleich per consequentiam gefallen lassen, wenn es dadurch ungewiß geworden ist, wer nun von beyden Transigenten eigentlich des Dritten Schuldner sey, so daß er jetzt gegen beyde actione utili klagen muß. Zur Erläuterung kann folgender Rechtsfall dienen, den Scävola[31]) im zweiten Buch

 seiner

31) *L. 14. D. h. t.* Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est: eaque, transactio facta, certa lege finita est: quaero creditores quem convenire possunt? Respondit; Si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent: si alii creditores essent, propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est. Mehrere Rechtsgelehrte halten diese Stelle für mangelhaft, und suppliren nach den Worten: qui transactionem fecissent, folgendes: *id observandum de aere alieno, quod inter eos convenisset.* So lesen HALOANDER und PETRUS AB AREA BAUDOZA CESTIUS; und eben diese Lesart soll auch nach des Taurellius und Brenckmanns Zeugniß in einigen alten Handschriften vorkommen. So wird insonderheit durch die *Basilica* Tom. I. pag. 777. unterstützt, wo diese Stelle so lautet; Εἰ μὲν οἱ αὐτοὶ δανεισταὶ ἦσαν τῆς κληρονομίας, ἔπονται τοῖς συμφωνηθεῖσιν i. e. Siquidem iidem creditores hereditarii essent, id observant, quod inter eos convenerit. Daher geben CUJACIUS Lib. II. Responsor. Scaevolae ad L. 14. cit. *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom.

seiner Gutachten erzählt. Titius setzt den Sejus in seinem Testament zum Erben ein. Nach dem Tode des Titius entsteht ein Streit zwischen dem Intestat, und jenem eingesetzten Testamentserben. Ersterer behauptet, das Testament sey nicht zu Recht beständig, und folglich käme ihm die Erbschaft ab intestato zu. Der Streit wird jedoch durch einen Vergleich beygelegt, und jeder erhält einen Theil der Erbschaft. Nun sind Schulden des verstorbnen Erblassers da, es entsteht also die Frage, von wem die Gläubiger ihre Bezahlung fordern können? Scävola ist der Meinung, daß sie gegen beyde klagen müßten, und zwar hafte jeder für die Schulden des Verstorbenen nach Verhältniß seines Erbtheils, den er durch den Vergleich erhalten hat. Der Grund ist: *propter incertum successionis*, d. i. weil man nicht weiß, wer eigentlich von beyden der rechte Erbe ist [32]). Denn da der Streit durch einen Ver-

Rom. pag. 123. *Ger* NOODT Lib. II. Probabil. cap. 2. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. § 17. pag. 221. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Differt. III. Cap. II. §. 5. pag. 50. *Frid. Gothofr.* SCHLEGTENDAL in Diss. qua, controversia inter testamentarium et legitimum heredem orta, eaque transactione sopita, quem creditores convenire possint, ad L. 14. D. de Transact. disquiritur. *Duisburgi ad Rhen. 1764.* §. 4. u. a. m. dieser Lesart den Vorzug vor der Florentinischen. Es läßt sich indessen die Florentinische Lesart ohne jenes Supplement vollkommen rechtfertigen, und sehr gut erklären, wie schon Anton Contius bemerkt, und *Iacob.* VOORDA Electorum libro sing. Cap. I. pag. 7. seqq. sehr gründlich gezeigt hat.

32) Könnten freylich die Gläubiger die Gültigkeit des Testaments ausser Zweifel setzen, so würde ihnen unverwehrt seyn, gegen den

Vergleich beygelegt wurde, so blieb es unentschieden, ob das Testament gültig oder ungültig sey, und weder der eine noch der andere konnte mit Gewißheit sagen, daß die Erbschaft ihm von Rechtswegen zugehöre. Da nun also nach dem strengen Civilrechte keiner von beyden Transigenten verus heres geworden, sondern jeder den Theil der Erbschaft, welchen er durch den Vergleich erhalten, nur pro herede besitzt, so können die Gläubiger auch nicht actionibus directis, sondern nur *utilibus* klagen. Denn nur gegen einen wahren Erben finden actiones directae statt[33]). Uebrigens bemerkt **Scävola**, es sey in Ansehung der Creditoren kein Unterschied, sie möchten entweder diejenigen selbst seyn, die den Vergleich geschlossen hätten, oder fremde. So ließe sich, deucht mir, der Sinn der so sehr bestrittenen Worte: *Si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, si alii creditores essent*, mit **Voorda**[34]), ganz natürlich bestimmen, ohne daß es des oben bemerkten Supplements bedarf. Denn das verstand sich ja von selbst, daß es bey der getroffenen Verabredung verbleiben müsse. Hierüber war kein Streit. Es bedurfte also auch keiner Entscheidung. **Scävola** mußte vielmehr die ihm vorgelegte Rechtsfrage: quem convenire creditores possint? ohne Rücksicht einer mit den

den Testamentserben allein auf das Ganze zu klagen. S. VOET h. t. §. 22. Verb. *Caeterum, et transactio non nocet* etc.

33) *L.* 59. *D. de Reg. iur.* Gegen denjenigen, qui heredis loco habetur, kann man nur actione utili klagen. §. 3. *et seq. I. de fideicomm. heredit. L.* 21. §. *ult. D. Quod me. cauſ.* ULPIANUS *Fragm. Tit. XXVIII.* §. 12.

34) c. I. pag. 8.

Gläubigern der Schulden wegen getroffenen Verabredung entscheiden. Natürlich mußte er also auch auf beyde denkbaren Fälle Rücksicht nehmen, nämlich 1) wenn die Gläubiger diejenigen selbst wären, die den Vergleich geschlossen hätten; und 2) wenn es fremde Gläubiger wären. Auf beyde Fälle paßt nun auch die Entscheidung des Scävola: propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactionis expresserit, utilibus conveniendus est; und es ist bey den klassischen Schriftstellern, wie Voorda gezeigt hat, gar nicht selten, daß die Conjunctio *Si* soviel als *Sive* bedeutet. Wenn also der Testaments- oder Intestaterbe selbst eine Forderung an den Verstorbenen hätte, so müßte ihm der andere Mittransigent die Schuld zu seinem Antheil bezahlen; weil auch der wahre Erbe dasjenige, was ihm der Verstorbene schuldig war, von dem andern Miterben pro parte eius hereditaria mit Recht fordern kann [35]). Es können sich nun aber auch

2) Fälle ereignen, wo ein geschlossener Vergleich einem Dritten zum Vortheil gereicht. So kommt z. B. der Transact, welchen der Schuldner mit seinem Gläubiger schließt, auch dem Bürgen desselben zu statten [36]). Man kann

35) *L. 7. Cod. de negot. gest.* Si ab eo, qui negotia tua gessit, heres ex duabus unciis institutus es: etiamsi adeas hereditatem, in reliquis decem unciis adversus coheredem competit tibi petitio, si quam adversus defunctum habuisti actionem.

36) *L. 68. §. ult. de fideiussor.* Non possunt conveniri fideiussores, liberato reo transactione. Ja Ulpian sagt sogar in der *L. 7. §. 1. D. de transact.* Si fideiussor conventus, et condemnatus fuisset, mox reus transegisset cum eo, cui erat fideiussor condemnatus; transactio valeat, quaeritur? et puto valere

kann aber auch den Vergleich absichtlich zum Vortheil eines Dritten schliessen. Hier ist eben das Rechtens, was oben (§. 343.) vorgekommen, wenn man zum Vortheil eines Dritten paciscirt.

§. 356.

Von den Ursachen, aus welchen der Transact seine Gültigkeit verliert.

Es giebt nun mancherley Ursachen, aus welchen ein gültig geschlossener Vergleich wieder aufgehoben werden kann. Dahin gehört

1) wechselseitige Einwilligung der Partheyen. Denn so wie der Vergleich durch den Willen der dabey interessirten Theile errichtet wird, so verliert auch derselbe seine verbindliche Kraft, wenn beyde Theile in die Aufhebung willigen. Eben dieses findet

2) statt, wenn dem Vergleiche das pactum displicentiae auf den Fall angehängt worden, da einen oder den andern der Vergleich gereuen sollte. Die Rückgabe des Seinigen fordert der Reuende dieser Verabredung zu Folge mit der conditione causa data; oder er setzt den Proceß fort. In wiefern ohne dieses pactum die Reue beym Vergleich statt finde, ist schon oben (S. 5. folg.) gesagt worden.

3) Wenn Minderjährige, und solche Personen, welche die Rechte der Minderjährigen haben, einen Vergleich schliessen, und es ergiebt sich nachher aus neu vorgefundenen Do-

valere, quasi omni causa et adversus reum, et adversus fideiussorum dissoluta. Vid. *Ios.* AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. III. cap. 8.

cumenten, daß ihnen der Vergleich zum Nachtheil gereicht, so können sie dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen [37]; wenn gleich kein Betrug von Seiten des andern Theils, auch keine ausserordentliche Verletzung erwiesen werden kann [38]. Eben dieses Recht steht auch dem Staate zu [39], als welcher bekanntermassen die Rechte der Minderjährigen zu geniessen hat [40].

Ob

37) *L. 1. et 2. Cod. Si adversus transact.* Es muß jedoch die von dem Minderjährigen erhaltene Restitution seinem Gegner wenigstens in sofern auch zu statten kommen, daß dieser sich der vorigen Klage nun wider den Minderjährigen bedienen kann, eben so, als wenn gar kein Vergleich wäre geschlossen worden. S. WISSENBACH in Comment. ad L. 4. C. si adv. transact.

38) Ist indessen der Vergleich von dem Minderjährigen vermittelst körperlichen Eides bestärkt worden, so findet dagegen in Gemäßheit der *Auth.* Sacramenta puberum *Cod. si adversus venditionem* die restitutio in integrum nicht statt; vorausgesetzt, daß der Minderjährige weder betrügerischer Weise inducirt, noch mit Gewalt dazu gezwungen worden sey. S. WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 217. HARPPRECHT Diss. de transactione iurata §. 44. (in EJUSD. *Dissert. academ.* Vol. I. pag. 301.) von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien S. 370. und Hymmens Beyträge zur juristische Litteratur in den Preußischen Staaten. VII. Samml. S. 70. folg. Man nimmt jedoch den Fall aus, da der Minderjährige laesionem enormissimam zu beweisen im Stande ist. S. HARPPRECHT Diss. de transactione in causis minorum §. 32. (in EJUS *Dissert. academ.* Vol. I. p. 398. seq.

39) *L. 35. D. de re iudic.*

40) *L. 3. Cod. de iure reipublicae.*

Ob nicht auch solche Personen, denen die Rechte der Minderjährigkeit nicht mehr zu statten kommen, einen gültig abgeschlossenen Vergleich aus dem Grunde einer erlittenen unmässigen Läsion anfechten können? ist eine sehr streitige Rechtsfrage, die von den Rechtsgelehrten ganz verschieden beantwortet und entschieden wird. Einige bejahen dieselbe geradezu, und halten mit Bartolus [41]) eine Verletzung über die Hälfte (laesio enormis) für eine gerechte Ursach der Aufhebung eines geschlossenen Vergleichs [42]). Andere machen einen Unterschied zwischen einer laesio enormis, und enormissima, und glauben, daß ein Vergleich wenigstens in dem Falle, wenn die erwiesene Verletzung eine laesio enormissima sey, nach der Billigkeit wieder aufgehoben werden könne [43]). Noch andere behaupten,

41) ad L. 2. C. de rescind. vendit. nr. 7.

42) Ausser CARPZOV und RICHTER, welche schon unser Verf. Not. r. selbst anführt, vertheidigen diese Meynung auch STRUV in Syntagm. iuris civ. Exercit. VI. §. 67. FACHINAEUS Controvers. iuris Lib. II. cap. 26. *I. F.* LINCK Diss. de transactione ob enormem laesionem rescindenda. *Argentor.* 1727. u. a. m. Allein man sehe hier Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. Band. 16. Betrachtung, wo man diese Meinung hinlänglich widerlegt finden wird.

43) KLOCK Tom. II. Consil. 57. Qu. 2 nr. 17. seqq. COTHMANN Vol. I. Resp. 36. nr. 265. et Vol II. Resp. 28. nr. 206. STRYK Us. Mod. Pandectar. h. t. §. ult. HARPPRECHT Diss. de transactione iudiciali §. 32. nr. 224. seqq. *de* CANNEGIESSER Decision. Hasso - Casellan. Tom. II. Decis. CLXXIX. nr. 7. Die Meinung dieser Rechtsgelehrten haben jedoch schon SCHILTER in Praxi I. R. Exercit. IX. §. 15. und PUFENDORF in Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 143. widerlegt.

es sey bey Entscheidung der gegenwärtigen Rechtsfrage darauf zu sehen, ob der Vergleich gerichtlich oder ausſergerichtlich abgeschlossen worden sey; und wollen zwar in dem leztern Falle die Recission eines Vergleichs wegen einer Verletzung über die Hälfte zulassen, im erstern Falle aber nicht [44]). Endlich glauben die meisten und berühmtesten Rechtsgelehrten, daß ein Vergleich wegen keiner, auch der größten Verletzung nicht, angefochten werden könne; diese theilen sich jedoch wieder in zwey Classen. Einige behaupten, daß auch in der Praxis nach dieser theoretisch richtigen Meinung zu sprechen sey [45]). Andere hingegen geben zwar zu, daß diese

44) WERNHER Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 474. und Tom. I. P. I. Obs. 177. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom III. Obs. 877. *Christ. Lud.* REDECKER Diss de transactione iudiciali ob laesionem ultra dimidium non rescindenda. *Harderovici 1759.* Allein man sehe dagegen Renthe über die Lehre von Transacten §. 64.

45) VINNIUS in Tract. de Transactionibus Cap. VIII. nr. 11. seqq. et in select. iuris quaestionib. Lib. I. cap. 57. HUBER in Praelect. iur. civ. h. t. §. 10. VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 24. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 33. MEVIUS P. IV. Decis. 30. FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. VIII. Err. 10. PUFENDORF Tom. I. Obs. 143. REINHARTH in select. Observat. ad *Christinaei* Decisiones Vol. I. Obs. 31. WILDVOGEL Diss. de transactione ob enormem laesionem non rescindenda *Ienae 1704.* GUNDLING Diss. de transactionum stabilitate et instabilitate §. 42. seqq. ALEF Diss. de transactione cap. X. §. 119. et 120. MÜHLHAUSEN Diss. de transactione propter laesionem enormem non rescindenda. *Marburgi 1740.* KNORRE Diss. de transactione non rescindenda propter laesionem ultra dimidium. *Halae 1756. Fratr.* BECMANNI in Consil. Tom. II. Consil. LVII. Qu. 1. nr. 11. seqq. pag.

dieſe Meinung nach der Theorie gegründet ſey, ſie meinen aber, daß man in der Praxis davon abgehen dürfe [46]). Unter dieſen ſo verſchiedenen Meinungen ſcheint mir diejenige die richtigſte zu ſeyn, nach welcher behauptet wird, daß nicht nur nach der Theorie ein Vergleich unter dem Vorwande einer, wenn gleich noch ſo groſſen Verletzung, keinesweges angefochten und reſcindiret werden könne, ſondern daß man auch heut zu Tage der Regel nach immer darnach zu ſprechen habe, ſo lange nicht in einem Lande entweder durch Geſetze oder durch rechtliche Gewohnheit etwas anders verordnet oder hergebracht iſt. Es iſt 1) dieſe Meinung ſchon in der Natur der Sache ſelbſt gegründet. Denn ein Vergleich hat immer eine an ſich ungewiſſe oder ſtreitige Forderung zum Gegenſtande, die nach der Natur der Sache keinen andern Werth hat, als der durch den Vergleich beſtimmt worden

pag. 157. Pütter in den auserleſ. Rechtsfällen 2 Bandes 4. Th. Reſp. 237. nr. 20. Claproth in der Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. § 56. S. 128. WALCH in Controv. iur. civ. Sect. III. cap. III. Membr. II. §. 7. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchied. Rechtsmaterien 1. Band 7. Meditat. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Vol. I. Faſc. II. Obſ. 166. WESTENBERG in Digeſt. h. t. §. 36. Renthe von Transacten §. 62. ff. Weſtphal vom Kauf. ꝛc. §. 815. und 816. und beſonders *Mich. Frid.* ABEL Diſſ. de reſciſſione transactionis tam in genere, quam in ſpecie reſpectu laeſionis enormis. *Erlangae 1785.* und Köchy in den angeführten Meditationen 1. Band. 16. Betracht.

46) S. SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. IX. §. 19. WISSENBACH in Comment. ad L. 2. Cod. de reſcind. vend. p. 317. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XLVI. medit. 7. Dabelow Syſtem der heutigen Civilrechtsgelahrtheit §. 2460.

worden ist. Bey einer solchen onerösen Convention aber, deren Object keinen bestimmten Werth hat, ist eine Verletzung über die Hälfte nicht zu gedenken. 2) Soll ein Vergleich eben so unverletzlich seyn, als ein Urtheil, welches die Rechtskraft beschritten hat [47]). Ja er wird einem abgelegten Eide gleich gehalten, welchem die Gesetze eine noch grössere Kraft beylegen, als einem rechtskräftigen Urtheil [48]). Nun aber kann ein rechtskräftiges Urtheil so wenig, als ein Eid wegen einer Verletzung wieder aufgehoben werden [49]). 3) Wollen die Gesetze, daß ein Vergleich, welcher einmahl ehrlich abgeschlossen worden ist, nicht einmal unter dem Vorwande neu aufgefundener Urkunden solle rescindirt werden können [50]). Da nun der Beweiß einer erlittenen Läsion schwerlich geführt werden kann, wenn die neu aufgefundenen Urkunden gegen den einmal abgeschlossenen Vergleich nichts gelten sollen [51]); so geben uns jene Gesetze einen neuen unwiderleglichen Beweiß, daß nach dem Geist derselben auch wegen einer Verletzung kein Transact rescindirt werden solle. Sodann 4) fehlt es auch nicht an einem ganz deutlichen Gesetz, worin ausdrücklich gesagt wird, daß wenn auch der Transigent in der Folge durch neu aufgefun-

47) *L. 20. Cod. h. t.*

48) *L. 2. D. de Iurejur.* Iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata. *L. 1. pr. D. Quar. rerum actio non datur.*

49) *L. 4. Cod. de re iudicata. L. 2. Cod. Sentent. rescindi non posse. L. 9. pr. D. de jurejur. L. 21. D. de dolo malo. L. 56. D. de re iud. L. 1. Cod. de reb. credit. et jurejur.*

50) *L. 19. et L. 29. C. h. t.*

51) *Cap. 1. X. h. t.*

gefundene Documente erweisen könnte, daß er über das Vierfache verletzt sey, dennoch der Vergleich deßfalls nicht aufgehoben werden solle[52]). Wenn nun zwar 4) dagegen eingewendet werden will, es sey der Billigkeit und der Analogie der L. 2. C. de rescind. vendit. gemäß, daß ein Vergleich eben so gut, wie ein Kauf, oder ein jeder anderer oneröser Contract, wegen einer übermäßigen Verletzung rescindirt werde; so ist hierbey wohl zu erwägen, daß zwischen einem Kaufcontract, worauf sich doch die L. 2. Cod. de resc. vendit. bloß einschränkt, und einem Vergleiche ein sehr auffallender Unterschied sey. Denn bey einem Kauf läßt sich der Werth des einen, gegen das, was dagegen geleistet wird, genau festsetzen, und nach einem gewissen Verhältniß bestimmen. Allein bey einem Vergleiche läßt sich weder ein so genaues Gleichgewicht der beyderseitigen Prästationen festsetzen, noch ist auch dieses erforderlich, weil der Gegenstand desselben immer ungewiß, unbestimmt und zweifelhaft ist, mithin keinen gewissen Werth hat. Eben so wenig sieht auch 6) die von den Vertheidigern der gegen-

52) *L. 78. §. ult. ad SCtum Trebell.* Heres eius, qui post mortem suam rogatus erat, *universam hereditatem* restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his, quibus fideicommissum debebatur, restituit: postea repertis instrumentis, apparuit, quadruplo amplius in hereditate fuisse. Quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, *si non transactum esset*, posse. COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 17. will zwar dieses Gesetz blos von dem Falle verstehen, da der Vergleich erst nach den aufgefundenen Urkunden geschlossen worden ist; allein der ganze Zusammenhang dieser Stelle widerlegt schon diese irrige Erklärung von selbst. Man sehe EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Not. m. pag. 281. seq.

gegenseitigen Meinung insgemein angeführte L. 5. C. de dolo malo unserer Behauptung entgegen, indem darin ganz offenbar von einem solchen Falle geredet wird, wo die Verletzung durch einen Betrug des andern Theils entstanden war, wie die Schlußworte: non *de dolo* propter paternam verecundiam, (denn der Vater hatte seine emancipirte Tochter durch bößlichen Betrug zum Vergleich vermocht) sed in factum actio tibi tribuenda est, ganz deutlich zu erkennen geben. Es läßt sich also 7) wohl nicht mit Grunde behaupten, daß die oben angeführten Gesetze der Pandecten durch neuere Gesetze im Codex seyen aufgehoben worden, indem sich vielmehr aus der L. ult. in fin. Cod. de plus petit. nicht undeutlich das Gegentheil beweisen läßt. Mit diesen Grundsätzen des Röm. Rechts stimmt nun auch 8) das alte teutsche Recht überein, wie die bekannten teutschen Sprüchwörter lehren: ein magerer Vergleich ist besser, denn ein feistes Urtheil; desgleichen: wer will hadern um ein Schwein, der nehme eine Wurst, und laß es seyn[53]). Endlich wird auch 9) nach der von uns behaupteten Meinung bey den vornehmsten Dikasterien, z. B. beym Reichs-Cammergericht[54]), beym Königlich-Preußischen Tribunal zu Berlin[55]) und andern mehr gesprochen.

Eine

53) S. Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern 6 Abth. Nr. VIII. S. 516.

54) GAIL. Lib. II. Obs. 70. n. 6 sqq. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 926. und Hoscheers Sammlung merkwürdiger am K. Reichs-Cammergericht entschiedener Rechtsfälle 1. Th. 3. Rechtsfall S. 104.

55) S. Hymmens Beyträge zur juristl. Litteratur in den Preuß. Staaten 6. Samml. S. 87. u. Kleins Annalen. 1. Th. S. 317.

Eine mit jener verwandte Frage ist noch die, welche unser Verfasser am Schluß dieses Paragraphen entscheidet, nämlich, ob nicht ein allgemeiner Transact (transactio generalis) aus dem Grunde wieder aufgehoben werden könne, daß sich nachher noch Species gefunden haben, die zu dem verglichenen Genus gehören? Man versteht unter einem allgemeinen Transact einen solchen Vergleich, der über einen Gegenstand geschlossen worden ist, welcher mehrere Individuen unter einem gemeinschaftlichen Namen begreift[56]). Dahin gehört z. B. wenn der Vergleich über einen Erbanspruch, oder über eine Societät, oder Vormundschaft ist eingegangen worden. Ein solcher allgemeiner Transact faßt nun seiner Natur nach alle Species d. i. alle Individuen in sich, die zu dem verglichenen Genus gehören, und kann daher auch unter dem Vorwande, daß man an gewisse Species, welche sich erst nachher gefunden hätten, nicht gedacht habe, keinesweges angefochten werden[57]). Es wird jedoch billig vorausgesetzt, daß die Transigenten bey Schliessung des Transacts an diese Species denken konnten, und auch von keinem Theile ein Betrug begangen worden sey. Hierher gehört der

56) Die Begriffe von allgemeinen und besondern Vergleich entwickelt sehr gut Hr. Hofrath Gönner in den iuristischen Abhandlungen 1. Th. (Bamberg 1795. 8.) Nr. IV. §. 6. ff. S. 82. ff.

57) *L.* 29. *C. h. t.* Sub praetextu specierum post repertarum generali transactione finita rescindi, prohibent iura. — *L.* 12. *D. h. t.* Non est ferendus, qui *generaliter* in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam, quod posteriore legatum sit.

der Fall, den Modestin im zweyten Buch seiner Gutachten entscheidet[58]). Drey Geschwister, Titius, Mävius und Seja vertheilten unter sich die mütterliche Erbschaft, und errichteten einen schriftlichen Erbvergleich, worin es heißt: daß die Erbschaft der Mutter völlig vertheilet worden, und nichts mehr in Gemeinschaft geblieben sey. In der Folge erfahren zwey dieser Geschwister, Mävius und Seja, welche zur Zeit der Theilung abwesend waren, daß ihr Bruder gewisse Goldmünzen auf die Seite gebracht habe, von welchen in dem Theilungsreceß nichts enthalten ist. Es fragte sich nun, ob, des geschlossenen Erbvergleichs ungeachtet, die Geschwister gegen ihren Bruder wegen des verheimlichten Geldes klagen konnten? Modestin antwortet: Ja. Denn wenn die Geschwister, welche, von dem Betrug des Titius nichts wissend, die Erbtheilung abgeschlossen haben, auf ihren Antheil an dem unterschlagenen Gelde Klage anstellen, und ihnen die Exception, daß ein allgemeiner Theilungsreceß vorhanden sey, entgegengesetzt wird; so können sie sich mit der replica doli helfen. Es versteht sich endlich auch, daß ein allgemeiner Transact, wenn er auch noch so allgemein abgefaßt ist, über das verglichene Genus nicht ausgedehnt werden darf[59]). Wenn z. B., sagt Ulpian[60]), ein mündig gewordener Pupill mit seinem Vormund über den verwalteten Antheil seines Vermögens einen Vergleich trifft, und nachher als Erbe seines verstorbenen unmündigen Bruders

58) *L.* 35. *D. de pactis.*

59) *L.* 3. §. 1. *L.* 12. *in fin. D. h. t.* Gönner a. a. O. §. 5. S. 82.

60) *L.* 9. *pr. D. eod.*

ders auf desselben Antheil gegen eben diesen Vormund klagt, so kann sich der Vormund nicht auf jenen Vergleich berufen; denn ein Transact beschränkt sich immer nur auf den Gegenstand, worüber die Unterhandlung gepflogen worden ist.

§. 357.

Bemerkung über die strenge Interpretation der Transacte.

Wenn die Rechtsgelehrten gewöhnlich die Regel geben, daß Transacte einschränkend auszulegen seyn[61]), so hat zwar diese Regel in sofern ihre Richtigkeit, wenn man sagt, daß Transacte nur von demjenigen Gegenstande zu verstehen sind, worüber die Partheyen sich verglichen haben, und auf non cogitata nicht ausgedehnt werden dürfen. Allein unrichtig ist es, wenn man dieselbe für eine den Transacten besonders eigene Regel der Auslegung ausgeben will, da kein hinreichender Grund vorhanden ist, warum ein Vergleich strenger, als ein jeder anderer Vertrag, erklärt werden sollte[62]). So wie demnach jeder Vertrag aus der Absicht der Paciscenten zu erklären ist, so muß dieser Satz auch als Regel für die Auslegung der Transacte gelten, und es ist daher nicht alle ausdehnende Erklärung bey den Vergleichen auszuschliessen, wenn sie der Absicht der

61) VOET in Comm. ad h. t. §. 21. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 11. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XLVI. medit. 8.

62) Vorzüglich verdienen hier Hrn. Hofr. Gönners angef. juristische Abhandlungen 1. Th. Nr. IV. nachgesehen zu werden, wo man eine Prüfung des Satzes, daß Transacte streng zu interpretiren seyn, finden wird.

der Transigenten gemäß ist [63]). Selbst die Gesetze begünstigen diese Erklärungsart nicht undeutlich, wenn sie verordnen, daß ein allgemeiner Transact auch alle Species in sich fasse, die zu dem verglichenen Genus gehören [64]). Hieraus ergiebt sich aber auch, was unser Verf. noch zuletzt bemerkt, daß wenn ein Vergleich nur über bestimmte einzelne Ansprüche und Forderungen geschlossen worden ist, (transactio specialis), ein solcher besonderer Vergleich weiter, als die verglichene Species reicht, nicht ausgedehnt werden dürfe, und auch selbst dann nicht, wenn gleich von den Partheyen allgemeine, oder vielmehr unbestimmte Ausdrücke wären gebraucht worden [65]). Daher die Ausdrücke: man wolle keine weitere Forderung machen, nur auf den Gegenstand des Vergleichs, oder derjenigen Berechnung, worüber transigiret worden ist, nicht aber auf andere Forderungen gezogen werden können [66]).

63 Man sehe Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Decis. LXV. nr. 12. und VINNIUS de transactionibus Cap. VIII. §. 20.

64) *L.* 29. *Cod. h. t.*

65) *L.* 31. *Cod. h. t.* Si de certa re pacto transactionis interposito, hoc comprehensum erat, *nihil amplius peti:* etsi non additum fuerat: *eo nomine;* de caeteris tamen quaestionibus integra permanet actio. Eine Erläuterung dieses Gesetzes giebt Gönner a. a. O. §. 15.

66) S. *Ios.* AVERANIUS in Interpretat. iur. Lib. III. Cap. 20. n. 11. seqq. und Hymmens Beyträge zur juristl. Litteratur in den Preuß. Staaten. VIII. Samml. S. 55.

Lib. III. Tit. I.

De Postulando.

§. 358. u. 359.

Was heißt postulare? was ist ein Advocat?

Konnte eine Rechtsstreitigkeit nicht durch Vergleich beygelegt werden, so muß man sie ordnungsmäßig in den Weg Rechtens einleiten, und vor Gericht verhandeln. Die Partheyen führten nun entweder ihre Sache selbst vor Gericht, oder sie bedienten sich dabey eines rechtlichen Beystandes. In beyden Fällen wurde der Ausdruck *postulare* gebraucht, welcher also, wie **Ulpian**[67]) lehrt, soviel bedeutet, als desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere, d. i. seine eigene Rechtsangelegenheit, oder das Anliegen seines Clienten dem Richter ordnungsmäßig vortragen, oder dem Verlangen seines Gegners widersprechen, und seinen Vortrag auf rechtsbehörige Art widerlegen. Diejenigen, welche sich damit beschäftigten, einer streitenden Parthey in ihrer rechtlichen Angelegenheit beyzustehen, sie von dem, was Rechtens ist, zu unterrichten, und ihre Rechtszuständigkeiten auszuführen, wurden *Advocati* genennt, daher nun unter dem Titel de postulando hauptsächlich von den Advocaten gehandelt wird. Diese Advocaten werden in den Gesetzen auch *Patroni* oder

67) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

Patroni causarum[68]); ferner *Togati*[69]), auch *Scholastici*[70]) genennt, und weil sie für ihre Clienten Reden vor Gericht hielten, so sagte man von ihnen, quod causas orarent[71]), und gab ihnen den Titel *Oratores*[72]), auch *Disertissimi*[73]). Ueberhaupt standen sie bey den Römern in großem Ansehen, wie man aus der Lobrede sieht, welche die Kaiser **Leo** und **Anthemius**[74]) auf sie halten. Heutiges Tages werden die Advocaten auch Fürsprecher, Rechtsfreunde oder rechtliche Beystände genennt, und ihre Beschäftigung ist mit der der ehemaligen römischen Advocaten in sofern die nämliche, daß sie auch den streitenden Partheyen bey Führung ihres Processes vor Gericht assistiren, und ihnen, in soweit es auf Rechtskenntniß ankommt, mit Rath und That zur Hand gehen. Sie sind von den gerichtlichen Procuratoren, oder Sachwaltern zu unterscheiden, welche eine Vollmacht erhalten, und daher wahre Stellvertreter der Interessenten sind, und auch solche Geschäfte vor Gericht besorgen können, wozu eben keine Rechtskenntn

68) *L.* 1. §. 4. *D. h. t. L.* 4. *L.* 6. *C. eod. L.* 1. *L.* 5. *L.* 14. *C. de advoc. diverf. iudicior.*

69) *L.* 3. *L.* 6. *L.* 8. *L.* 9. *feqq. C. de advoc. div. iudic.*

70) *L.* 2. *C. de lucris advocat.*

71) *L.* 2. §. 43. *D. de orig. iuris.*

72) GELLIUS Noct. Attic. Lib. V. cap. 10. *L.* 33. §. 1. *C. de Epifc. et cleric. L.* 3. §. 9. *Cod. de V. I. E.*

73) *L.* 13. *C. de adv. div. iudic.*

74) *L.* 14. *C. eod.* In der *L.* 4. §. 1. *C. cod.* werden sie auch viri clariſſimi genennt. Man sehe übrigens *Adr.* STEGER Comment. de nomine advocatorum honorificentiſſimo. *Lipſiae* 1735.

kenntniß erfordert wird [75]). Von diesem werde ich im 3. Titel dieses Buches ausführlicher handeln. Uebrigens ist die Materie von Advocaten unter den neuern von **Johann Christoph Neller** [76]), und **Georg Friedr. Joseph Rossel** [77]) gut bearbeitet worden. Zur Erläuterung können auch der griechischen Rechtsgelehrten, nämlich des **Thaleläus, Theodorus, Stephanus, Cyrillus** und anderer Commentare über den Titel der Pandecten und des Codex de postulando dienen [78]).

§. 360.

Wie weit sind Advocaten zuzulassen?

Advocaten, welche dunkele und zweifelhafte Rechtshändel mit gehöriger Rechtschaffenheit, Einsicht und Geschicklichkeit vor Gericht auseinander setzen, sind allerdings dem Staate sehr nützlich. Einer jeden Parthey steht es daher der Regel nach frey, sich eines Fürsprechers vor Gericht zu bedienen, und es gehört ganz zur Ausnahme von der Regel, wenn der Richter eine Parthey nöthigen kann, allein vor Gericht zu handeln, welches nur in einigen wenigen Fällen statt findet, z. B. in peinlichen Sachen, wo es auf das Verhör des Angeschuldigten ankommt, ferner in Ehe-

 sachen,

75) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 2. **Hopfner** im Commentar über die Institutionen §. 1176. **Danz** Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 44. Not. a.

76) Diss. de postulando seu de advocatis causarum (in *Opuscul.* a LEUXNERO edit. Tom. I. P. I. pag. 168. seqq.

77) Diss. de advocatis, praes. *Car. Christoph.* HOFACKER def. *Tubingae* 1788.

78) Sie stehen im *Thes. Meermann.* Tom. III.

sachen, und wo überhaupt die Güte unter den Partheyen versucht werden soll [79]). Zuweilen kann auch der Richter einer Parthey von Amtswegen einen rechtlichen Beystand bestellen [80]), z. B. wenn sie keinen Advocaten bekommen kann. Ja er kann den Partheyen auferlegen, sich eines Advocaten zu bedienen, wenn sie ihre Rechtssache vor Gericht selbst auszuführen nicht im Stande sind. Wenn jedoch die Gesetze [81]) dem Richter zur Pflicht machen, dahin zu sehen, daß die streitenden Theile beyderseits von gleich geschickten Advocaten gleich gut vertheidiget werden, so wird dieß h. z. T. nicht mehr beobachtet [82]).

§. 361.

Eintheilung der Advocaten.

Advocaten sind entweder zur Ausübung ihres Amts öffentlich authorisirt, oder nicht. Letztere werden der Regel nach vor Gericht als Fürsprecher nicht zugelassen: sie dürfen auch keine Proceßschriften in eigenem Namen übergeben, sondern müssen solche wenigstens von einem recipirten Advocaten unterschreiben lassen. Der Regel nach darf also niemand vor Gericht advociren, der nicht nach vorgängiger Prüfung und Beeidigung vom Staate die Erlaubniß dazu erhal-

79) *Cap. 14. X. de iudic. Cap. 1. eodem, in 6to. I. H.* BOEHMER Iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. XXXVII. §. 2. seq.

80) *L. 1. §. 4. D. h. t.*

81) *L. 7. Cod. h. t.*

82) S. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 11. NELLER cit. Diss. Sect. II. §. 2. Not. i. pag. 178. und Claproth in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 72. Not. mm.

erhalten hat. Denn da von einer ordentlichen, zuverläßigen und legalen Besorgung processualischer Angelegenheiten der Wohlstand der Unterthanen größtentheils mit abhängt, so kann es dem Staate nicht gleichgültig seyn, was für Leute zu solchen Rechtsbeyständen gebraucht werden, sondern er muß dazu Männer von geprüfter Geschicklichkeit und Rechtschaffenheit aussuchen, und dem Publikum als solche, an die es sich in seinen Privatangelegenheiten mit Zuversicht wenden könne, bezeichnen. Mit Recht bemerkt daher unser Verf., daß das Amt eines Fürsprechers heut zu Tage gewöhnlich ein öffentliches ist. Es kommt indessen freylich auf die Verfassung eines jeden Landes an, indem in manchen Ländern und Gerichten ein jeder als Advocat zugelassen wird, der im Allgemeinen die dazu erforderlichen Fähigkeiten hat. Ist an einem Orte eine bestimmte Zahl von Advocaten festgesetzt, so heißen diejenigen, welche nach vorhergegangener Prüfung und Verpflichtung unter diese Zahl förmlich sind aufgenommen worden, *advocati ordinarii*; die hingegen über die bestimmte Zahl aufgenommen werden, heißen *advocati supernumerarii* oder *extraordinarii* [83]).

83) Auch schon bey den Römern war eine bestimmte Zahl der Advocaten festgesetzt; daher geschieht der Matriculae advocatorum in den Gesetzen öftere Erwähnung. *L.* 11. *L.* 13. *L.* 15—17. *Cod. de advocat. diverf. iudicior.* Z. B. bey dem Praefectus praetorio waren 150. Advocaten angestellt. *L.* 8. *L.* 11. §. *ult. C. eod.* S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. Cap. 3. pag. 1018. Bey dem Reichskammergericht sind zur Besorgung der Partheysachen zwölf ordentliche Advocaten angestellt. S. Günther Heinrich von Berg Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis. (Göttingen 1797. 8.) §. 71.

In Ansehung der Rechtssachen, zu deren Vertheidigung und Besorgung Advocaten öffentlich bestellt sind, giebt es wieder verschiedene Arten derselben. Sie sind nämlich entweder *advocati fisci*, welche zur Vertheidigung der herrschaftlichen Gerechtsame, oder *advocati privati*, welche zur Besorgung der Rechtsangelegenheiten der Unterthanen bestimmt sind. Erstere werden Fiskäle genennt[84]), und erhalten von dem Landesherrn eine jährliche Besoldung; letztere hingegen nicht.

§. 362.

Unterschied zwischen Advocatis *ordinariis* und *supernumerariis*.

Ist ein Fürsprecher in der Zahl der ordentlichen Advocaten förmlich aufgenommen worden, so darf er ohne erhebliche Ursach niemanden seinen Beystand versagen[85]). Er kann vielmehr unter Bedrohung einer Geldstrafe oder der Entsetzung seines Amts gezwungen werden, einer Parthey zu dienen, besonders wenn sie durch die List und Macht ihres Gegners keinen Beystand finden kann, oder ihr darum niemand dienen will, weil sie arm ist. Die advocati ordinarii sind vielmehr schuldig, die Rechtssachen der Armen unentgeldlich so lange zu vertheidigen, bis diese einmal in bessere Umstände kommen, und nun im Stande sind, ihrem Advocaten seine Gebühren zu bezahlen[86]). Diese Verbindlichkeit findet hingegen bey den advocatis supernumerariis

84) Vid. *Tit. Cod. de advocatis fisci.* DONELLUS cit. loc. cap. 5. pag. 1022.

85) *L. 7. C. h. t.* Concept der Kammergerichtsordn. Th. I. Tit. 13 §. 2—4.

86) Claproth a. a. O. S. 279.

rariis nicht statt, von deren freyen Willen es vielmehr abhängt, welchen Partheyen sie dienen wollen, nur daß sie die einmal übernommenen Rechtssachen redlich betreiben und zu Ende bringen müssen [87]). Uebrigens muß ein Advocat seinem Clienten ohne Ansehen der Person gegen einen jeden, und selbst gegen die Obrigkeit, dienen. Nur Fiskäle dürfen ohne besondere Erlaubniß nicht gegen den Fiskus dienen [88]); ausser wenn die Sache sie selbst, oder ihre Eltern, oder ihre Kinder, oder ihre Pupillen angeht [89]).

§. 363. u. 364.

Wer kann Advocat seyn? und wer ist dazu nicht fähig?

Ein Advocat muß nun nicht nur die Theorie der Rechte verstehen, sondern auch in der juristischen Praxis geübt seyn. Daß er eine Würde in den Rechten erlangt haben müsse, wird nur bey den Advocaten des Reichskammergerichts erfordert. Er muß ferner das gehörige Alter haben. Nun wird zwar nach dem Röm. Rechte nicht gerade erfordert, daß ein Fürsprecher die Volljährigkeit erreicht haben müsse, sondern für hinreichend gehalten, wenn er nur über siebenzehn Jahr alt ist [90]). Allein da heutiges Tages ins-

 gemein

87) ROSSEL cit. Diss. §. 4. pag. 11. in fin. et seq.

88) *L.* 1. *et* 2. *C. de advoc. fisci.*

89) *L.* 10. *pr. L.* 11. *D. h. t.* In Ansehung des kaiserlichen Fiskals und seines Advocaten scheint jedoch nach dem Concept der Kammergerichtsordnung I. Th. Tit. 27. §. 2. eine Ausnahme statt zu finden.

90) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.* Es werden jedoch Minderjährige nur insofern vor Gericht zugelassen, als sie für andere postuliren; ihre eigene Processe hingegen können sie ohne Beystand eines Cura-

gemein das Amt der Advocaten und gerichtlichen Procuratoren verbunden zu seyn pflegt, so erfordert man nach Vorschrift des gewöhnlichen Rechts[91]) gewöhnlich ein majorennes Alter[92]); obwohl es nicht an Rechtsgelehrten[93]) fehlt, welche in Gemäßheit des römischen Rechts auch heut zu Tage ein Alter von 18 Jahren, um vor Gericht für andere postuliren zu können, für hinreichend halten. Ein Advocat darf auch kein Geistlicher seyn[94]). Die canonischen Rechte verbieten jedoch nur den Geistlichen der höhern Orden das Advociren in den weltlichen Gerichten; und nehmen auch hier den Fall aus, wenn die Rechtssache, die ein Geistlicher zu vertheidigen übernommen, ihn selbst, oder seine nahen Anverwandten, oder seine Kirche, oder mitleidswürdige Personen betrift, welche er sogar vor einem weltlichen Gericht vertreten kann[95]). Daß ein Advocat auch mit keinem solchen Mangel in Ansehung seines Körpers oder Gemüths behaftet seyn dürfe, der ihn an der Ausübung seines Amtes hinderlich seyn könnte, also nicht blödsinnig, nicht taub, nicht

Curators nicht vor Gericht besorgen. *L.* 45. §. 2. *D. de re iudic. L.* 4. *C. si adv. rem. iud. L.* 11. *C. qui dare tut. L.* 2. *C. qui legit. perſon. ſtandi. L.* 4. *C. de auct. praeſt.* S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 3. NELLER cit. Diſſ. Sect. II. §. 2. Not. c. in Addit.

91) *Cap.* 5. *de procurator. in* 6to.

92) LEYSER in Meditat. ad Pand. Specim. LI. medit. 1. *Ge. Steph.* WIEBAND in Opuſcul. iurid. Specim. IX. Obſ. I. pag. 113. ſeq.

93) STRYK Uſ. Mod. Pandect. h. t. §. 2. et 3. BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. VIII. Th. II. Not. 2. u. a. m.

94) *Cap.* 1. *et* 3. *X. h. t.*

95) *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitution. iurisprud. eccleſiaſticae P. II. §. 470. NELLER c. l. pag. 176. §. 2. lit. a.

nicht blind seyn müsse, versteht sich zwar von selbst, wenn auch diejenigen Gründe, weshalb Ulpian [95]) Taube und Blinde vom Postuliren ausschließt, heutiges Tages nicht mehr statt finden [97]). Es behaupten indessen mehrere Rechtsgelehrte, daß heut zu Tage wenigstens Blindheit nicht ganz unfähig mache, vor Gericht zu postuliren [98]), es darf nur aber freylich nicht etwa auf eine Recognition der Urkunden, oder sonst auf eine augenscheinliche Besichtigung ankommen, so wie denn auch ein taube Advocat zu Hause noch wohl seinem Clienten dienen kann, sofern es bloß auf die Abfassung der Proceßschriften, oder auf Ertheilung eines mündlichen Raths ankommt [99]). Ein Advocat muß ferne das Zeugniß eines rechtschaffenen und untadelhaften Lebenswandels für sich haben. Wer einer infamirenden Handlung überführt ist, kann daher zu diesem Amte nicht zugelassen werden [100]). Endlich darf auch niemand in der nämlichen Sache Advocat und Richter zugleich seyn, um

Par-

96) *L.* 1. §. 3. *et* 5. *D. h. t.*

97) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 72. Not. *g.*

98) SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 23. BERGER Oecon. iuris c. l. Not. 3.

99) NELLER cit. Diss. Sect. II. §. 2. Not. d.

100) *L.* 1. §. 8. *D. h. t.* Jedoch können Ehrlose für sich und für gewisse andere Personen postuliren, welche in dem §. 11. *cit. L.* 1. *D. h. t.* angeführt werden. Dieser Stelle ist §. 11. *I. de except.* nicht entgegen, welcher von einem solchen Falle zu verstehen ist, wo der Vorwurf der infamirenden Handlung nicht erwiesen ist, sondern noch auf einer mühsamen und weitläuftigen Untersuchung beruhet, wie LEYSER Specim Ll. medit. 6. zeigt.

Partheylichkeit zu verhüten [1]). Der Richter muß sich daher alles Advocirens bey dem Gericht enthalten, wo er als Richter angestellt ist. Hat er vor der Uebernehmung des Richteramts der einen oder der andern Parthey gedient, so darf er in der Sache kein Urtheil sprechen [2]). Nach der Strenge des römischen Rechts soll sogar demjenigen, welcher ein Richteramt verwaltet nicht einmal in einem fremden Gericht zu postuliren erlaubt seyn, weil man besorgt, er werde sich keinem Amte vollkommen widmen, und daher keins von beyden wohl verwalten können [3]). Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauch wird es keinem Richter untersagt, in einem fremden Gericht als Advocat zu dienen [4]). Ob indessen ein Richter auch in der nämlichen Sache, in welcher

1) *L. 6. pr. C. h. t.*

2) *L. 17. D. de iurisdict. L. 14. Cod de assessor.* ZIEGLER in Dicastice Concluſ. 19.

3) *L. 14. pr. Cod. de assessor.* — Cum satis abundeque sufficiat, vel per advocationem causis perfectissime patrocinari, vel adsessoris officio fungi: *ne, cum ad utrumque festinat, neutrum bene peragat.* Durch dieses Gesetz scheint also die *L. 5. D. de officio assessor.* aufgehoben zu seyn, wie HUBER in praelect. ad Dig. Lib. I. Tit. 22. dafür hält. Jedoch haben andere zu erweisen gesucht, daß in der *L. 5. cit.* gar nicht die Frage davon sey, ob ein Richter in einem fremden Gericht advociren dürfe. Man sehe *Iul.* FACIUS *Ἐναντιοφανῶν* Centur. I. Qu. 55. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 217. und besonders *Io. Died. van* LEUWEN Diss. de iuris studiosis P. I. Cap. II. §. 5. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Diss. Belgicar. nov.* Vol. II. T. I. pag. 363.)

4) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. EMMINGHAUS ad *Eundem* not u. NELLER cit. Diss. Sect. II. §. 2. Not. k. in *Addit.* pag. 179.

welcher er das Urtheil in der erstern Instanz gesprochen hat, in der zweyten Instanz als Advocat dienen könne? ist eine andere Frage. So viel ist wohl richtig, daß er nicht sein eignes Urtheil anfechten, und darwider patrociniren dürfe [5]). Allein es fragt sich, ob nicht der Unterrichter zur Vertheidigung der von ihm gefälleten Sentenz dem Appellaten in der höhern Instanz dienen könne? Mehrere Rechtsgelehrte [6]) wollen auch dieses dem Richter nicht gestatten, weil die Worte der l. 6. pr. Cod. h. t. *non idem in eodem negotio sit advocatus et iudex*, so generell gefaßt wären, daß sie auch sehr gut auf die andere Instanz gezogen werden könnten, zumal da die Acten insgemein an den Richter der ersten Instanz zur Execution der Sentenz remittirt würden. Allein nach dem Zeugniß der meisten practischen Rechtsgelehrten [7]) ist es wenigstens heut zu Tage dem Richter der erstern Instanz unverwehrt, die Vertheidigung seiner Sentenz in der Appellationsinstanz zu übernehmen; man kann auch eigentlich nicht sagen, er sey in der nämlichen Sache Richter und Advocat zugleich, da er in der zweyten Instanz sich keiner weitern Cognition und Ent-

5) S. ZIEGLER Dicastice Concl. XIX. §. 7. ROSSEL cit. Diss. §. 6. pag. 18. NELLER c. l. not. k. SCHAUMBURG in compend. iuris Digest. h. t. §. 5. u. a. m.

6) Man sehe z. B. *Io. Tob.* RICHTER selectior. iuris principia ad ordin. Digestor. expositi. Disputat. VI. (*Lipsiae* 1748. 4) §. 3. und Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 72. S. 278.

7) *Ant.* FABER in Cod. Lib. II. Tit 5 Def. 1. BRUNNEMANN in Comm. ad L. 6. Cod. h. t. BERGER Oeconom. iuris L. IV. Tit. VIII. Th. 2. Not. 7. ZIEGLER c. l. COCCEJI l. NELLER c. l. u. a. m.

Entscheidung anmassen darf, die Execution aber von demselben nicht nach seiner Sentenz, sondern nach dem Urtheil des Oberrichters vollstreckt wird.

§. 365—367.

Pflichten eines Advocaten gegen seinen Clienten.

Ein Advocat muß sich nun in allen seinen Geschäften einer strengen und gewissenhaften Redlichkeit befleißigen, und daher das Interesse seines Clienten treu und eifrig wahrnehmen. Die Gesetze selbst verbinden ihn zu dem möglichsten Fleiße [8]). Er muß also für jeden Schaden haften, woran er auf irgend eine Art Schuld ist [9]). Hat er unter eine gerichtliche Eingabe das Concepit mit seines Namens Unterschrift gesetzt, so muß er auch für die Schicklichkeit und Unsträflichkeit des Inhalts stehen [10]), und es kann solcher seinen Clienten nicht zur Last gelegt werden, wenn derselbe zumal der gemeinen Rechte und der Behandlungsart gerichtlicher Geschäfte unkundig ist. Ein Advocat muß ferner seiner Parthey die Vorschriften der Gesetze deutlich und richtig erklären, und sie für deren Uebertretung oder Verabsäumung, ingleichen für allen andern Schaden und Nachtheil, ehrlich und freymüthig warnen. Er muß sie

8) *L.* 14. §. 1. *Cod. de iudiciis*, wo besonders die Worte merkwürdig sind: *nihil studii relinquentes, quod fibi possibile est.*

9) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 7. LEYSER Specim. XLVIII. Coroll. 1. NELLER cit. Diss. Sect. IV. §. 3. et in Quaest. ad h. §. pag. 209. Mettelbladt in der Anleitung zur practischen Rechtsgelahrtheit §. 111. Claproth a. a. O. §. 74. Not. b. S. 299.

10) BOEHMER Consultat. et Decision. T. II. P. I. Resp. CVIII. nr. 5.

sie also auch von der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit ihrer Streitsache aufrichtig belehren, und sich überhaupt hüten, daß er keine offenbar ungerechte Sache zu vertheidigen übernimmt, oder sich sonst als ein Werkzeug der Bosheit, der Chikane, oder anderer dergleichen unerlaubter Kunstgriffe gebrauchen läßt [11]). Er muß nicht minder aller Schmähungen, sowohl wider den Richter, als die Gegenparthey, oder deren Fürsprecher, sich enthalten [12]). Bringt es ja die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Sache mit sich, unangenehme Wahrheiten vorzutragen, so muß es jederzeit mit möglichster Schonung, und in gemäßigten Ausdrücken geschehen. Insonderheit aber verbindet die gewissenhafte Redlichkeit den Advocaten, von den zu seiner Kenntniß gelangten Geheimnissen seines Clienten nichts zu verrathen, noch sonst einen üblen Gebrauch davon zu machen, vielmehr darüber die unverbrüchlichste Verschwiegenheit zu beobachten. Handelt ein Advocat gegen diese Pflichten, so kann er, ausser dem Ersatz des verursachten Schadens, auch noch mit einer willkührlichen Geld- oder Gefängnißstrafe, oder mit Suspension oder gänzlicher Entsetzung von der Praxis, oder mit noch empfindlichern Strafen belegt werden [13]), besonders wenn er sich einer Prävarication schuldig macht [14]).

§. 368.

11) *L. 6. §. 3, et 4. C. h. t. L. 13. § 9. L. 14. §. 1. Cod. de iudic.* Conf. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib XVIII. Cap. 3. pag. 1019. und STRYK Diss. de conscientia advocati.

12) *L. 6. §. 1. C. h. t.*

13) Von den Pflichten der Advocaten handelt sehr ausführlich Claproth im Proceß §. 74. folgg. und Joh. Heinr. Kirchhof in der Abhandl. von den Advocaten und ihren Pflichten. Bützow. 1768. 8.

14) S. v. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts. 1. Th. §. 433.

§. 368.

Von dem Irrthume des Advocaten und dessen Verbesserung.

Begeht der Advocat einen Irrthum, so ist ein Unterschied zu machen, ob er in Ansehung des Rechts oder in Ansehung factischer Umstände geirrt hat. Im ersten Falle muß zwar der Richter einen solchen Irrthum von Amtswegen verbessern, insofern er bloß das gemeine Recht betrifft [15]); hat jedoch der Richter dieses unterlassen, und aus gleicher Unwissenheit des Rechts ein widriges Urtheil gesprochen, so kann nur durch den Weg der Appellation der Irrthum verbessert werden [16]). Hat hingegen der Advocat in Ansehung factischer Umstände geirrt, so hat er solchen entweder in Gegenwart seines Clienten beym mündlichen Vortrag der Sache, oder in einem von diesem unterschriebenen Exhibitum, oder er hat den Irrthum in Abwesenheit seines Clienten begangen. In dem letztern Falle kann der Irrthum zu aller Zeit, auch selbst noch nach dem Beschluß der Sache, widerrufen werden, so lange nämlich noch kein rechtskräftiges Erkenntniß im Wege steht [17]); nur

15) *L. un. Cod. ut, quae desint advocatis partium, iudex supplrat.* Sollte der Irrthum nur in Ansehung eines besondern Rechts oder einer besondern Befreyung begangen worden seyn, so ist der Richter solchen zu verbessern weder schuldig noch befugt. S. *I. H.* BOEHMER in iure eccles. Protest. Lib. I. Tit. 32. §. 48. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Digestor. h. t. §. 14. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes. §. 44. S. 127.

16) S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 4. pag. 1022.

17) *L. 7. Cod. de iuris et facti ignor.* Error facti, necdum finito negotio, nemini nocet: nam causa decisa velamento tali

nor

nur muß freylich der begangene Irrthum erwiesen werden [18]). In dem ersten und andern Falle hingegen muß der Irrthum sogleich, oder längstens binnen drey Tagen von dem Clienten wiederrufen werden [19]). Denn was der Advocat in Gegen-

non instauratur. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLVIII. medit. 6. und Claproth §. 77. Not. b. Danz a. a. O. §. 44. S. 127 folg.

18) *L.* 2. *C. de errore advocator.* Errores eorum, qui desiderio, i. e. preces scribunt, veritati praeiudicium afferre non posse, manifestum est. Et ideo, si condemnationem, cuius mentionem libello insertam esse proponis, *manifeste probare potes*, non intercessisse: allegationes tuas laedi non oportere, is, qui super negotio disceptaturus est, non ignorabit. S. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 136 *de* COCCEJI in iure civ. controv. Lib. III. Tit. 3. Qu. 14. u. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. 2. §. 21.

19 *L.* 3. *C. de errore advoc.* Sententiis finita negotia rescriptis revocari non oportet. Nec enim, quae constituta sunt, *ut advocatorum error litigatoribus non nocet*, tibi etiam opitulari possunt: cum *te praesente*, neque causae palam *ex continenti*, id est, *triduo proximo* contradixisse, neque post sententiam appellationis remedio, si tibi haec displicebant, usam esse proponis. Ich bemerke hier, daß mehrere Rechtsgelehrte die Worte: *id est, triduo proximo*, für einen unächten Zusatz halten wollen. Man sehe vorzüglich *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad L. un. Cod. Theodos. de errorib. advocator. Tom. I. p. 165. (edit. *Ritterian.*) und *Ant.* SCHULTING in Diss. de recusatione iudicis Cap. XII. §. 1. So viel ist gewiß, daß sie in den *Basilicis* Lib. VIII. Tit. I. nr. 48. nicht befindlich sind. Allein THALELAEUS hat sie in seinem Scholio ad L. 3. C. cit. wo es beym RUHNKENIUS (Tom. III. *Thesauri Meermann.* pag. 43.) heißt: Οὐδὲ γὰρ ὅτι νενομοθέτηται, ἡ τῶν συνηγόρων πλάνη τοὺς

genwart des Clienten vorträgt, wird eben so angesehen, als ob

τὰς ἁμαρτήσεις μὴ βλάπτει, τὸ σοι βοηθῆσαι δύναται, ἐπὸτε σαυτὴν παρῆσαν τῇ δίκῃ ἢτε φανερῶς ἐκ τῆ πρα-ταχρῆμα, τατέσιν, ἐντὸς τριῶν ἡμερῶν, ἀντει-πεῖν, ἢτε μετὰ την ἀπόφασιν τῇ τῆς ἐκλήτε βοηθεία, εἰ ἀπαρεσκει σοι ἡ ἀπόφασις, χρησαμένην, θεματίξεις. i. e. Neque enim, quod constitutum est, advocatorum errores litigantibus non nocere, tibi auxilio esse potest; cum te praesentem causae nec palam *ex continenti*, id est, *intra triduum*, conzradixisse, neque post sententiam provocationis remedio, si tibi sententia displiceret, usam esse proponas. Die Praxis nimmt sie ebenfalls als ächt an. S. WERNHER T. II. P. VIII. Observat. 363. nr. 4. und Rettelblads Anleitung zur practischen Rechtsgelahrtheit §. 111. und zwar rechnet man das *Triduum* von dem Moment an, da der Irrthum begangen worden ist. S. LEYSER Specim XLVIII. medit 7. Man will übrigens behaupten, daß wenn der begangene Irrthum noch binnen den nächsten drey Tagen wiederrufen werde, er keines weitern Beweises bedürfe. Nach Brunnemanns Zeugniß in Commentar. ad L. 3. Cod. cit. nr. 1. ist dieß die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten. Allein dieser ist die *L. 2. C. eodem* offenbar entgegen, wie auch *Siegfr. Caes. ab* AEMINGA in Diss. de revocatione erroris ab advocato commissi. *Gryphisw.* 1776. §. 20. bemerkt hat. Uebrigens ist merkwürdig, daß die griechischen Interpreten die Worte *ex continenti* von der ganzen Zeit verstehen, da noch kein Urtheil in der Sache erfolgt ist. Neque absurdi quid dici putes; sagt THALELAEUS a. a. O. pag 44. nach der Uebersetzung des RUHNKENIUS, si verba *ex continenti* ad totum litigationis tempus extendantur. Etenim in prima Digestorum parte *de Pactis* didicimus in eo, qui sub tutela est, per verba *ex continenti* omne tutelae tempus intelligi. Quare et hic verba EX CONTINENTI, specialiter in Constitutione adiecta, capias *pro toto usque ad sententiam tempus.*

ob es der Client selbst vorgetragen hätte [20]). Ist die Revocation innerhalb jener Zeit nicht geschehen, und es erfolgte ein widriges Erkenntniß, so muß das Rechtsmittel der Berufung ergriffen, und auf diese Art der begangene Irrthum verbessert werden. Denn durch die Appellation wird die Sache wieder in den Zustand zurück versetzt, in welchem sie zur Zeit der Einlassung auf die Klage war [21]).

§. 369.

Von der Belohnung des Advocaten.

Obgleich den Advocaten ehemals bey den Römern vermöge des Cincischen Gesetzes nicht erlaubt war, von den Clienten für ihre Mühwaltung eine Belohnung anzunehmen [22]), so daß sogar nach einer gewissen Verordnung des Kaisers Augustus die Strafe des vierfachen Ersatzes statt haben sollte, wenn ein Advocat jenem Gesetz zuwider ein Honorarium angenommen hätte [23]); so war doch das Cincische Gesetz unter den nachfolgenden Despoten nach

20) *L.* 1. *C. eod.* Ea, quae advocati praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis litium dominis proferantur. Man vergleiche hier noch MÜLLER in Observat. pract. ab *Leyserum* Tom. V. Fasc. I. Obs. 751.

21) Claproth S. 331. folg. und besonders MÜLLER ad *Struvium* Exercit. VII. Thes. 12. Not. *β.*

22) Das Cincische Gesetz hat den Tribun Marcus Cincius Alimentus zum Urheber, und ist im Jahr der Erbauung Roms 549 gegeben worden. Es verordnete: *ne quis ob causam orandam donum munusve caperet.* Man sehe davon *Frid.* BRUMMERI Commentar. ad Legem Cinciam. (in *Opusc.* a *Ge.* BEYERO edit. *Lipsiae* 1716. 8. Nr. I.)

23) DIO CASSIUS *Lib. LIV.* pag. 533.

und nach der Gestalt ausser Gebrauch gekommen, daß Kaiser Claudius, so sehr auch der Senat für die Wiederherstellung desselben stritte, dennoch der Zudringlichkeit der Advocaten nachgeben mußte [24]). Er erlaubte ihnen daher Honorarien zu nehmen, und suchte nur ihrer Habsucht dadurch Schranken zu setzen, daß er denselben bey Strafe der Legis Iuliae repetundarum über 10000 Sesterzien für die Führung eines Processes zur Belohnung anzunehmen verbot [25]). Nun erreichte zwar der Senat in der Folge unter dem Kr. Nero doch noch seine Absicht [26]), aber die wiederhergestellte Gültigkeit des Cincischen Gesetzes war von keiner langen Dauer [27]). Soll man den Nachrichten des Suetonius [28]) glauben, so war es Kr. Nero selbst, welcher schon wieder verordnete; ut litigatores pro patrocinio certam iustamque mercedem darent. Soviel ist wenigstens gewiß, daß Kr. Trajan das Edict des K. Claudius aufs neue bestätiget hat [29]). Zwar wollte er auch, daß den Advocaten das verdiente Honorarium eher nicht, als nach geendigtem Proceß,

24) Die Debatten zwischen dem designirten Consul Silius, und der Advocatenparthey Suilius, Cossutianus und Consorten erzählt TACITUS *Annal.* Lib. XI. cap. 5.

25) TACITUS a. a. O. — Haec ita haud frustra dicta Princeps ratus, *capiendis pecuniis posuit modum usque ad dena sestertia*, quae egressi, repetundarum tenerentur. S. *Io. Christ.* FRANCKII Commentar. ad iurisprudentiam Tiberii Claudii Imp. *Vitemb.* 1770. Cap. 8.

26) TACITUS *Annal.* Lib. XIII. cap. 4.

27) S. *Io. Aug.* BACHII Trajanus. (*Lipsiae* 1747. 8.) pag. 93.

28) In vita *Neronis* cap. 17.

29) PLINIUS Lib. V. Epist. 14. BACH c. l. pag. 89. seqq.

ceß, gegeben werden sollte [30]); es scheint jedoch diese Einschränkung bald wieder in Vergessenheit gerathen zu seyn. Denn mehrere Stellen in den Pandecten [31]) überzeugen uns, daß die Pränumeration bey den Belohnungen der Advocaten weder ungewöhnlich, noch unzulässig gewesen seyn müsse. Dahingegen blieb das Maximum, was nicht überschritten werden durfte, soviel man wenigstens aus den Gesetzen der Pandecten sieht, unverändert [32]). Nach dem neuern Römischen und heutigen Rechte kann also ein Advocat

30) PLINIUS Lib. V. Epist 21. — *Hoc* (sc. Senatusconsulto ad Orationem Trajani condito) *omnes, qui quid negotii haberent, jurare prius, quam agerent, jubebantur, nihil se ob advocationem cuiquam dedisse, promisisse, cavisse. — Peractis tamen negotiis, permittebantur pecuniam duntaxat decem millium dare.*

31) *L.* 38. §. 1. *D. Locati. L.* 1. §. 13. *D. de extraord. cognit. L. ult. C de condict. ob caus. dator.*

32) *L.* 1. §. 10. *D. de extraord. cognit.* In honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia et fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat: *dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur.* Ita enim rescripto Imperatoris nostri, et Patris eius continetur: *Si Iulius Maternus, quem patronum causae tuae esse voluisti, fidem susceptam exhibere paratus est: eam duntaxat pecuniam,* QUAE MODUM LEGITIMUM EGRESSA EST, *repetere debet.* Diesen modum legitimum honorarii bestimmt hernach Ulpian §. 12. *Lit.* 1. *cit.* noch genauer, wenn er sagt: LICITA autem QUANTITAS intelligitur pro singulis causis *usque ad centum aureos.* Nun aber betragen centum aurei eben so viel als 10000 Sesterzien, wie BRUMMER cit. Commentar, ad L. Cinciam Cap. VI. n. 11. seqq. pag. 74. gezeigt hat.

vocat unstreitig für seine Bemühung ein billiges Honorarium fordern [33]). Es ist auch kein Unterschied, ob er den Proceß gewonnen oder verlohren hat [34]), wenn nur nicht die Schuld an ihm lag, daß der Proceß verloren gieng [35]). Sogar in seiner eigenen Sache ist ein Advocat, wenn sein Gegner in die Kosten verurtheilt worden, ohne allen Zweifel befugt, ausser seinen baaren Auslagen, eine Vergütung seiner gehabten Mühe, Arbeit und Versäumniß, so hoch solche nach richterlichem Ermessen bestimmt wird, zu verlangen [36]). Denn die Erstattung der Proceßkosten ist eine poena temere litigantium, deren Grund, ohne zu unterscheiden, ob der Advocat seine eigene, oder eine fremde Sache führt, anwendbar ist. Es würde wenigstens sehr unbillig seyn, wenn der Gegner blos wegen des zufälligen Umstandes, daß der Advocat sich selbst gedient hat, jener wohl verdienten Strafe entgehen könnte, und dem Advocaten die ihm

33) *L.* 3 *Cod. h. t. L.* 1. §. 10. *et* 12. *D. de extraord. cognition.*

34) Arg. *L.* 10. §. 1. *D. de negot. gest.* ERUMMER cit. Commentar. Cap XI. nr. 4. pag. 168. Rettelblatts Anleitung zur practischen Rechtsgelahrtheit §. 113.

35) *Io. God.* KRAUSE Diss. de eo quod iustum est circa salaria et honoraria advocatorum. *Vitemb.* 1727. §. 34.

36) VOET ad h. Tit. §. 7. Struben in den rechtlichen Bedenken 2. Th. Bed. 31. besonders *Io. Sebast.* OHEIM Diss. de salario advocati in propria causa vincentis. *Erf.* 1711. und Joh. Ch ist. von Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. VI. Man sehe auch WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. IV. Cap. II. §. 27.

ihm durch den unbesonnenen Proceß verursachte Arbeit und Versäumniß nicht vergelten dürfte [37]).

§. 370.

Von der Größe des Honorariums und der mancherley Bestimmung der Advocatengebühren.

Die Belohnung des Advocaten ist nun entweder durch Vertrag festgesetzt, oder nicht. In dem letztern Falle liquidirt der Advocat seine Gebühren, und der Richter ermäsiget sie nach der vorhandenen Tax- und Proceßordnung, oder nach seinem billigen Ermessen; wobey noch zu bemerken ist, daß auch pro informatione, besonders wenn der Unterricht von der Sache beschwerlich gewesen, desgleichen für die Einsicht und Lesung der vorhergehenden Acten angemessene Belohnung gut gethan werden [38]). Ist hingegen dem Advocaten eine Belohnung überhaupt für die Führung des Processes versprochen worden, so muß sie demselben gegeben werden, sofern der Vertrag nicht dem Verbote eines Gesetzes zuwider ist. Ein solcher unerlaubter Vertrag ist

37) Die Cautel, welche einige Rechtsgelehrten, z. B. BERGER in Oecon. iur. Lib. IV. Tit. VIII. Th. 3. Not. 6. WERNHER Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 279. nr. 4. und KRAUSE cit. Diss. §. 40. geben, daß ein Advocat in seiner eigenen Sache entweder einen andern Advocaten gebrauchen, oder wenigstens die gerichtlichen Eingaben von einem andern Sachwalter unterschreiben lassen möge, ist ganz unnöthig, so wenig es auch eines Beweises bedarf, daß er durch gerichtliche Betreibung seiner eigenen Angelegenheiten Versäumniß und Schaden gelitten habe. S. Quistorp a. a. O. Nr. VI. S. 71.

38) S. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 78.

des pactum de quota litis, wodurch sich der Advocat einen Theil von dem, was sein Client durch den Proceß gewinnen wird, statt seiner Gebühren versprechen läßt [39]). Die Gesetze sehen einen solchen Vertrag als eine schändliche Beraubung des Clienten an, und wollen, daß ein Advocat, der ein solches schmutziges Gewerbe treibt, von der Praxis gänzlich entsetzt werden solle [40]). Unerlaubt ist ferner der Vertrag, wodurch dem Advocaten, vor geendigtem Rechtsstreite, auf den Fall, wenn solcher gewonnen würde, ausser seinen Gebühren, noch ein gewisser Vortheil (Palmarium) ver-

39) *L.* 53. *D. de pactis L* 1. §. 12. *D. de extraord. cognit. L.* 5. *C. de postul. Iac.* WOLFF Diss. de pacto quotae litis *Altorfii* 1677. *Corn. van* EK Diss. de quota litis. *Ultrajecti* 1698. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. 1. Digestor. h. t. §. 15. und *Herm.* CANNEGIETER Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 9. pag. 177. seqq.

40) *L.* 5. *C. h t.* Vergleiche auch *L.* 1. *C. Theod. h. t.* und *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad eand. L. Tom. I. pag. 159. Zwar glaubt *Io.* WUNDERLICH in Comment de L. Volusio Maeciano ICto, itemque de SCto Volusiano. (*Hamburgi* 1749. 4.) Sect. III §. 10. daß ein solcher Advocat, welcher mit seinem Clienten, Gewinnstes halber, den Vertrag gemacht, dasjenige, was durch den Proceß gewonnen werden würde, unter sich zu theilen, vermöge des *SCti Volusiani* auch in die Strafe der Legis Iuliae de vi privata verfallen sey, und beruft sich auf die *L.* 6. *D. ad L. Iul de vi privata.* Allein die Worte dieses Gesetzes: Qui improbe coëunt in alienam litem, können auch füglich von solchen verstanden werden, welche gleichsam mit einander in Gesellschaft treten, um andere Leute durch Processe zu schikaniren, und den Gewinnst zu theilen, wie Bach in der unpartheyischen Critic über juristische Schriften 1. Band S. 96. und folg. gezeigt hat.

versichert wird [41]). Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten [42]), welche der Meinung sind, daß dem Advocaten ein palmarium auf eine gültige Art versprochen werden könne, wenn nur kein gewisser Theil des streitigen Objects versprochen worden. Allein es stehen dieser Meinung nicht nur ganz deutliche Gesetze [43]) entgegen, sondern es widerlegt sich dieselbe auch schon dadurch von selbst, wenn man erwägt, daß es ja im Grunde für einerley zu halten ist, ob ich mir auf den Fall, da der Proceß gewonnen wird, einen Theil des

41) VOET ad h. tit. §. 18. LAUTERBACH Diss. de palmario advocatorum. (*Tubingae* 1671.) §. 25. seqq. *Adr.* STEGER Diss de palmario advocatis promisso. (praes. *Frid. Alexand.* KÜNHOLD *Lipsiae* 1725. def. §. 9. *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. KRAUSE Diss. cit. de eo quod iustum est circ. salar. et honor. advocator. §. 32. Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Bed. 104. Rettelbladt Anleitung zur pract. Rechtsgelahrtheit § 113. NELLER cit. Diss. de postulando Sect. V. §. 3. Not. ***. Weber in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 67. Not. 7. S. 262. und besonders *de* ULMENSTEIN in Opusculis iurid. (*Hanov.* 1781. 8.) Nr. V. pag. 155. seqq.

42) GAIL Lib. I. Obs. 44. nr. 2. BERLICH P. I. Concus. IX. nr. 76. u. 77. und *Christ. Frid. Imm.* SCHORCH in Diss. de palmario advocatorum iure licito, eiusque a pacto de quota litis iure illicito differentiis (in EIUS *Opuscul. varii argum. Erfordiae* 1792. 8. Nr. 3.)

43) *L.* 7. *D. mandati. L.* 1. §. 12. *D. de extraord. cognit. L.* 6. §. 2. *Cod. de postul.* Da diese Gesetze einen solchen Vertrag verbieten, so kann er auch nicht einmal nach canonischen Rechten durch einen hinzugekommenen Eid gültig werden. S. LAUTERBACH Diss. de palmario advocator. Th. 36. KRAUSE cit. Diss. §. 33.

des Erstrittenen, oder sonst ein Geschenk versprechen lasse. Es würde daher das gesetzliche Verbot, de quota litis zu pacisciren, durch das Versprechen eines palmarii nach Gefallen vereitelt werden können. Nicht zu gedenken, daß es einem habsüchtigen Advocaten ein geringes seyn würde, seinen Clienen durch Concussion und falsche Vorspiegelung von der mißlichen Lage des Rechtsstreits zu einem solchen Versprehen zu bewegen; es ist daher immer zu vermuthen, daß dergeichen Versprechen nicht aus freien Willen, sondern aus Furcht geschehen sey[44]). Dahingegen ist es keinem Zweifel unterworfen, daß dem Advocaten, nach geendigtem Rechsstreite, wegen des erfochtenen Sieges, ein palmarium, ausser seinen Gebühren, gültig versprochen werden könne[45]).

§. 371.

Was ist noch insonderheit in Ansehung eines versprochenen Honoraiums oder Salariums bey Advocaten und deren Erben Rechtens?

Den Advocaten ist nun entweder eine jährliche Besoldung ausgesetzt, oder es ihm eine gewisse Summe überhaupt für die Führung des ganzen Processes zur Belohnung versprochen worden. In dem letztern Falle kann eigentlich erst nach Beendigung der Sache die versprochene Belohnung gefordert werden; es wäre denn, daß durch die eigene Schuld des

44) S. *Io. Ge.* CRAMER Diss. de concussionibus advocatorum. *Lipsiae* 1729. §. 11.

45) *L.* 1. §. 12. *D. de extraord. cognit.* Si vero post *causam actam* cauta est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etsi nomine PALMARII cautum sit. S. LAUTERBACH cit. Diss. Th. 25. KRAUSE cit. Diss. §. 30. ROSSEL cit. Diss. §. 8. pag. 28.

des Clienten die Sache unentschieden geblieben seyn sollte[46]). Es ist daher ausser Zweifel, daß das versprochene Honorarium dem Advocaten auch dann gebühre, wenn gleich der Proceß durch Vergleich ist beygelegt worden[47]). Stirbt der Advocat, ehe der Proceß beendiget ist, so kann zwar die schon vorausgegebene Belohnung nicht wieder zurückgefordert werden[48]), war hingegen das Honorarium noch nicht bezahlt, so gebührt es eigentlich den Erben nur in so weit, als es mit den geleisteten Diensten des verstorbenen Advocaten im Verhältniß steht[49]). Wenn eine jährlich Besoldung, statt der Belohnung, ausgesetzt worden, so kann zwar diese von dem Advocaten gefordert werden, wenn gleich die in dem verflossenen Jahre von ihm geleisteten Dienste mit der Besoldung in keinem Verhältniß stehen sollten[50]). Ob aber auch die Erben solche ganz verlangen können, wenn ihr Erblasser vor dem Ablauf des Jahres verstorben ist? ist

46) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 44. S. 122.

47) LAUTERBACH cit. Diss. Th. 47. ROSSEL cit Diss. §. 8. pag. 26.

48) *L.* 1. §. 13. *D. de extr. cognit.* DIVUS SEVERUS ab heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti; quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret. S. dies. Commentars 4 Th. S. 375. Not 36.

49) *Ian. a* COSTA Praelection. ad illustriores quosd. titulos locaque select. iuris civ. pag. 4. und Danz in den angef. Grundsätzen des ordentl. bürgerl. Processes §. 44. Not. i. S. 122. Anderer Meinung ist jedoch KRAUSE cit. Diss. §. 17—19.

50) CARPZOV in Respons. Lib. III. Tit. I. Resp. 2. *Burch.* BARDILI Diss. de Salariis. Cap. V. Th. 19.

ist eine Frage, welche von einigen [51]) bejahet, von andern [52]) hingegen verneint wird. Ist die Rede von fiskalischen Advocaten, so ist es ganz entschieden, daß den Erben derselben das ganze Salarium des Sterbejahrs gebührt [53]). Wenn man aber eben dieses auch auf die Erben anderer Advocaten anwenden will, so scheint man nicht erwogen zu haben, daß es zu den Privilegien der römischen Fiskäle gehörte, daß sie den ganzen Gehalt des Sterbejahrs auf ihre Erben transmittirten [54]), dergleichen Vorrecht anderen Advocaten nirgends mitgetheilt ist, und auch auf andere nicht er-

51) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 8. BARDILI Diss. de Salariis. C[illegible]. §. 44. GAILL Observat. practicar. Lib. I. Cap. 44. 12. *Iac.* GOTHOFREDUS de Salario. Cap. VI. §. 22. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 9. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Digest. h. t. §. 47. u. a. m.

52) *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de anno deservito seu salario promerito. Cap. II. §. 17. seqq. SCHAUMBURG in Comp. iuris Digest. h. t. §. 11. Struben in den rechtlichen Bedenken 2 Th. Bed. 122. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 78. S. 333. Danz in den angef. Grundsätzen §. 44. Not. m. S. 122. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. e. pag. 288. u. a. m.

53) *L.* 15 §. 1. *C. de advocat. div. iudicior.* Man zweifelt, ob von diesem Privilegium noch h. z. T. Gebrauch zu machen sey, weil es mit den römischen Fiskalen eine andere Beschaffenheit hatte, als mit unsern heutigen; und behauptet daher nicht ohne Grund, daß es in Ansehung derselben h. z. T. eben so zu halten sey, wie mit der Besoldung der übrigen besoldeten Dienerschaft. S. VOET h. t. §. 8. BOEHMER cit. Diss. Cap. II. §. 37. Danz a. a. O. Not. l. S. 122.

54) WISSENBACH in Commentat. in Cod. Lib. II. Tit. VII. §. fin. pag. 90.

erstreckt werden darf, weil Privilegien keine ausdehnende Erklärung zulassen. Die advocati fisci genossen mehrere besondere Rechte, um sie dadurch aufzumuntern, das Beste des Fiskus desto eifriger wahrzunehmen [55]). Es läßt sich auch nicht füglich von jenem Falle, da dem Advocaten die versprochene Belohnung vorausbezahlt worden, auf den gegenwärtigen schliessen, wo von einem ausgesetzten jährlichen Gehalt die Rede ist. Denn bey der Pränumeration des Honorariums liegt gleichsam eine conventio spei zum Grunde. Der Advocat läßt sich damit abfinden, die Führung des Processes sey mehr oder weniger mühsam, welches nicht immer vorauszusehen ist. Der Client hingegen, der dem Advocaten die versprochene Belohnung vorausbezahlt, giebt dadurch zu erkennen, daß er die Gefahr übernehmen wolle, darum zu kommen, wenn der Advocat durch Zufall gehindert würde, es zu verdienen [56]). Allein ein solcher ausserordentlicher Vertrag ist nicht zu vermuthen, wenn dem Advocaten ein jährliches Salarium ausgesetzt ist; denn dieß versteht sich immer unter der Bedingung, wenn der Advocat die dafür versprochenen Dienste leisten wird. Stirbt er nun vor dem Ende des Jahres, so kann er auch von dem Salarium des letztern Jahrs nicht mehr auf seine Erben transmittiren, als er pro rata anni davon verdient hat [57]).

Die-

55) S. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLIX. med. 13.

56) Es läßt sich also wohl kein bündiges Argument aus der L. 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* für die entgegengesetzte Meinung hernehmen, wie BOEHMER in cit. Diss. Cap. II. §. 26. sehr gründlich gezeigt hat, zumal da es ohnedem bekannt ist, quod facilius concedatur rei datae et acceptae retentio, quam non datae petitio. *L.* 2. *C. de fideicom.* *L.* 4. *Cod. de Usuris.*

57) Cum tam labor, quam pecunia, divisionem recipiant, sagt *L.* 10. *pr. D. de ann. legat.*

Diese Regel findet überhaupt bey allen besoldeten Dienern statt [58]), und die Gesetze haben nur aus besonderer Begünstigung in Ansehung der fiskalischen Advocaten eine Ausnahme davon gemacht.

§. 372.

Von den Mitteln, welche einem Advocaten wegen der Bezahlung des Honorariums zustehen.

Da ein Advocat auf die Belohnung für seine Mühwaltung ein gegründetes Recht hat, so kann er, um solche zu erhalten, sich nicht nur einer gerichtlichen Imploration bedienen, sondern er ist auch befugt, die ihm von seinem Clienten anvertrauten Urkunden, und Manualacten so lange zurück zu behalten, bis er in Ansehung seiner Gebühren befriediget worden ist [59]). Sieht er sich genöthiget, gericht-

58) *Officium enim quodvis*, sagt BOEHMER cit. Diss. Cap. II. §. 23. *ipso iure per mortem exspirat, nec in heredes transit, adeoque nulla iuris ratio patitur, ut heredes emolumenta, officio extincto cohaerentia, percipiant.* L. 14. C. de erogat. militar. annonae.

59) *L.* 25. *in fin. L.* 26. *D. de procurator.* Einige Rechtsgelehrten wollen zwar dieses Zurückhaltungsrecht nur auf die Manualacten einschränken, welche bekanntermaßen als ein Eigenthum des Clienten angesehen werden; eine Retention der anvertrauten Documente hingegen wollen sie dem Advocaten darum nicht gestatten, weil solche als ein Depositum anzusehen wären, bey welchem bekannten Rechten nach kein Retentionsrecht statt finde. *L.* 11. *Cod. deposit.* Man sehe VOET h. t. §. 6. u. NELLER in Diss. cit. Sect. V. in Supplem. quaestion. ad §. 6. pag. 219. Allein weder die oben angeführten Gesetze noch die Praxis erkennen diesen Unterschied an, es ist auch bekannt genug, daß man h. z. T. selbst beym Depositum ein Zurückbehaltungsrecht zuläßt, wenn die Gegenforderung des Depositars durch

richtliche Hülfe anzurufen, so kann die Imploration, (denn einer förmlichen Klage bedarf es nicht) sogleich bey dem nämlichen Richter angebracht werden, bey welchem er seinem Clienten gedient hat [60]). Dieses Gesuch wird entweder als ein Incidentpunct angebracht, wenn der Proceß noch nicht beendiget ist, oder es wird als eine eigene mit dem Proceß zusammenhängende Sache verhandelt, worauf sodann der Richter durch einen an den Clienten erlassenen Zahlungsbefehl executivisch dem Advocaten zu seiner Belohnung verhilft [61]). Uebrigens ist den Advocaten wegen einer solchen Forderung in den Gesetzen weder eine Hypothec, noch ein anderes Vorzugsrecht mitgetheilt worden [62]); ob man sie gleich, wenn der Client in Concurs verfällt, der Billigkeit

durch das Depositum selbst entstanden ist. Nur in causis publicis, und wo das Staatsinteresse die Herausgabe der Documente und Acten nothwendig erfordert, wird dem Advocaten kein Retentionsrecht gestattet. S. WERNHER Observat. for. T II. P. VIII. Observat. 98. BARDILI Diss. de Salariis Cap. VIII. §. 38. p. 43. KRAUSE Diss. cit. de eo, quod iust. est circa salar. et honorar. advocator §. 45. und besonders *Io. Frid.* TROPPANNEGER Disa. de retentione actorum advocato ob salarium non solutum competente. *Lipsiae* 1740.

60) MEVIUS P. I. Decis. 234. KRAUSE cit. Diss. §. 46.

61) *L.* 13. §. 9. *in fin. Cod. de iudic. Cap.* 2. *de Rescript. in in 6to.* BARDILI cit. Diss. Cap. VIII. §. 41. zur Erläuterung der angeführten L. 13. §. 9. ist BRUMMER in Comment. ad L. Cinciam. Cap. X. nr. 11. seqq. pag. 147. nachzusehen.

62) LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 30. *a* PUFENDORFF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs 71. VOET h. t. §. 6. BARDILI cit. Diss. Cap. VIII. §. 40. pag. 45. STRYK Diss. de privilegiis advocator. Cap. III. §. 6. in fin. Christ. Gottl. Gmelins Ordnung der Gläubiger Kap. 2. §. 1. S. 79.

keit wegen in der Praxis gewöhnlich in die vierte Klasse zu setzen pflegt [63]).

§. 373.
Armenrecht.

Arme haben bey Processen das besondere Recht, daß ihnen ein Advocat von richterlichen Amtswegen bestellt wird, welcher ihnen unentgeldlich dienen muß, wo nicht etwa nach der besondern Verfassung eines Landes schon ein eigener Armenadvocat vom Staate selbst angestellet ist. Arme werden aber diejenigen genannt, die nicht so viel im Vermögen haben, daß sie nach Abzug ihres nöthigen Lebensunterhalts die Kosten des Processes bestreiten können [64]). Wer zu diesem Armenrecht zugelassen werden will, muß durch glaubhafte Zeugnisse seine Armuth hinreichend bescheinigen, und den Armeneid schwören, welcher theils eine Bestätigung der wirklichen Armuth, theils das Versprechen in sich enthält, daß wenn er dereinst zu besserem Vermögen kommen würde, er alsdann noch alles nach Gebühr gern bezahlen wolle [65]).

63) S. RICHTER Tr. de iure et privilegio creditor. Cap. V. nr. 36. BRUNNEMANN in Process. concurs. creditor. Cap. V. §. 64. MEVIUS ad ius Lubecense P. III Tit. I. Art. XI. nr. 69. Ludovici Einleitung in den Concursproceß. Kap. 20. §. 61. Estors teutsche Rechtsgelehrsamkeit Th. 2. S. 810. a LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCCLXXXVII. medit. 7. Claproths Einleitung in die sämmtl. summarischen Processe §. 417. Danz in den Grundsätzen des ord. bürgerl. Processes §. 44. S. 123. und besonders *Franc. Iust.* KORTHOLT Diss. de iure salarii advocatorum in concursu creditorum. *Giessae* 1770.

64) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses I. Th. §. 2342. Danz Grundsätze §. 40. S. 109. folg.

65) S. Concept der K. Kammergerichts-Ordnung 1 Th. Tit. 96. und Estor a. a. O. §. 2345—2348.

Lib. III. Tit. II.

De his, qui notantur infamia.

§. 374.

Zusammenhang dieses Titels mit dem vorigen. Begriff von Ehre, bürgerlicher Ehre, und Ehrlosigkeit.

Die Abhandlung der Lehre von der Ehrlosigkeit gehört eigentlich in das Personenrecht. Denn daß ein Mensch die Rechte der bürgerlichen Ehre im Staate genießt, oder derselben verlustig erklärt worden ist, betrifft seinen Zustand. Die Erscheinung dieses Titels an einem so unschicklichen Orte ist daher ein Räthsel, welches man freylich nicht anders zu erklären weiß, als daß Ehrlose für andere vor Gericht nicht postuliren können. Dieß brachte wahrscheinlich die Verfasser unserer Pandecten auf die Gedanken, diese Lehre mit dem Titel de postulando zu verbinden [66]). Um nun den Begriff von Ehrlosigkeit richtig

66) Unter den Schriften über diese Materie verdienen folgende bemerkt zu werden: *Christ.* THOMASII Diss. de existimatione fama et infamia extra rempublicam. *Halae 1734.* *Henr.* BODINI Diss. de iure circa infamiam. *Halae 1710.* *Io. Pet.* BUCHER Diss. I. et II. de notione et effectu infamiae. *Steinfurth 1766.* *Io. Henr. Chr. de* SELCHOW Diss. continens selecta capita doctrinae de infamia. *Goett. 1770.* *Henr. Valent.* BECKER Diss. de dignitate, honore et existimatione. *Rostochii* 1789. In Ansehung des teutschen Rechts sind noch insbesondere zu bemerken: *Phil. Lud.* HUTH Specim. iur. germ. de his, qui notantur infamia. *Altdorf* 1723. Hektor Wilhelm von Günderrode über die bürgerliche Ehre bey den Teutschen, in Des-

richtig bestimmen zu können, muß man zuerst wissen, was bürgerliche Ehre heißt. Das gleichstimmige Urtheil des Publikums von den moralischen Eigenschaften einer Person, nennt man Ruf, Gerücht, Name, Credit, (*fama, existimatio*). Dieses gründet sich nun entweder auf sittliche Vollkommenheiten, oder auf sittliche Unvollkommenheiten eines Menschen. Im erstern Falle nennt man ein solches günstiges Urtheil der Menschen über unsere moralische Vollkommenheiten, einen guten Ruf, einen guten Namen (*bona fama, integra existimatio*); dahingegen wird das ungünstige Urtheil des Publikums über unsere moralische Unvollkommenheiten, ein übler Ruf, ein schlechter Name (*mala fama*) genennt. Zu einem guten Namen werden nun dreyerley Eigenschaften erfordert:

1) eheliche Geburt. Denn nach teutschen Sitten klebt den unehelichen Kindern ein Schandfleck an, der sie in der bürgerlichen Gesellschaft anrüchtig, und zu dem Genuß mancher bürgerlichen Rechte unfähig macht.

2) Rechtmäßigkeit unserer Handlungen, und zwar müssen unsere Handlungen nicht nur gerecht seyn, d. i. nicht vollkommene Pflichten gegen andere verletzen, sondern sie müssen auch ehrbar und anständig seyn, d. i. nicht wider den Wohlstand und die guten Sitten streiten. Daher schadet ein Mensch, der sich dem Trunke ergiebt, seinem guten Namen. Endlich

3) ehr-

selben von D. Posselt herausgegebenen Werken 2. Band S. 187. ff. und Wilh. Aug. Fried. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. Band. S. 59. ff.

3) ehrliche Handthierung, und unverwerfliche Lebensart. Daher sind Schinder, und Abdecker, Landstreicher und Vagabonden, herumirrende Zigeuner, Marktschreier, Gaukler, Marionettenspieler, Bärenführer u. d. m. verachtete und anrüchtige Leute [67]).

Von dem guten Rufe und ehrlichen Namen eines Menschen hängt nun der Genuß gewisser bürgerlicher Rechte im Staate ab, deren Inbegriff die bürgerliche Ehre (*fama s. existimatio civilis*) genennt wird [68]). Diese muß von der gemeinen Ehre eines Menschen unterschieden werden. Die gemeine Ehre begreift nämlich theils die absolute Achtung, welche jeder Mensch, als solcher, fordern kann; theils die besondere Achtung in sich, welche sich auf die einem Menschen eigene Fähigkeiten und Fertigkeiten bezieht [69]). Der Unterschied besteht darin, daß die absolute Achtung unverletzlich ist, soweit nicht Jemand durch seine eigene unerlaubte Handlung den andern nöthiget, seinem Rechte, ohne Schonung der Ehre des Andern, gemäß zu handeln. Diese kann daher auch selbst dem Ehrlosen nicht entzogen werden, sondern der Staat muß auch solche Personen beym Genuß der absoluten Achtung gegen Beleidigungen Anderer schützen [70]). Auch der Ehrlose, so fern er nur nicht ganz für rechtlos erklärt ist, genießt demnach noch Sicherheit für seine Per-

 son;

67) S. Rundens Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 310.

68) *God. Lud.* MENCKEN de fama forensi. *Viteml.* 1732.

69) Klein Grundsätze des gemeinen teutschen und preußischen peinlichen Rechts §. 208.

70) Klein in den angef. Grundsätzen §. 224.

son; niemand darf sich einen thätlichen Angriff auf seine Person erlauben, noch sich für befugt halten, ihn mit Schelt- und Schimpfreden nach Willkühr zu beleidigen[71]). Allein mit der besondern Achtung verhält sich die Sache anders. Diese hängt lediglich von der Meinung und dem Urtheile Anderer über uns und unsere Vollkommenheiten ab, und kann, weil einem Jeden freysteht, sein Urtheil zurück zu nehmen, nicht als etwas, das dem Beurtheilten eigenthümlich zugehört, betrachtet werden[72]). Denn Niemand hat das Recht, seine Nebenmenschen zu zwingen, daß sie seine wirkliche oder vermeintliche Fähigkeiten und Vollkommenheiten anerkennen, und daher so und nicht anders über ihn urtheilen sollen; und eben so wenig haben diejenigen, welche ihr Urtheil schon gefällt haben, ein Recht zu fordern, daß Andere auch dem ihrigen beytreten sollen[73]). Auch das gröste Verdienst um das gemeine Wohl, und die vollkommenste bürgerliche Tugend dürfte an sich wohl selbst im Staate noch kein wirksames Recht auf eine vorzüglichere Achtung oder äussere Verehrung hervorbringen[74]). Allein der bürgerlichen Gesetzgebung kommt es zu,

71) VOET in Comment. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLVII. Tit. X. §. 4. und Weber über Injurien und Schmähschriften 1. Abtheilung §. 3. S. 28.

72) Klein in den Grundsätzen des peinlichen Rechts §. 208.

73) Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten 2. Band. S. 41. folg.

74) Mit Recht sagt daher schon PUFENDORF de iure naturae et gentium Lib. VIII. Cap. IV. §. 14. *Omnia existimationis inter ipsos fundamenta in se non producunt nisi ius imperfectum ad habendum ab aliis honorem et venerationem. Adeoque si eum*

zu, den Rang der verschiedenen Stände und Mitglieder des Staats sammt den äussern Merkmalen und Wirkungen desselben festzusetzen, und jedem diejenige Achtung zuzusichern, welche sein Stand erfordert [75]). Diese Achtung, wornach der Mensch im Staate den Werth hat, und dasjenige gilt, wofür er von der obersten Gewalt selbst anerkannt und geschätzt wird, ist die eigentliche bürgerliche Ehre, von welcher wir hier reden. Diese besteht also in dem vollkommenen Genusse derjenigen Rechte und Vorzüge, welche ihren Grund in der Achtung haben, die die bürgerliche Gesellschaft ihren Mitgliedern, und zwar jedem nach seinem Stande, zugesichert hat [76]); und ist, so wie die absolute Achtung, unverletzlich, insofern nicht Jemand durch den Staat selbst der bürgerlichen Ehre verlustig erklärt worden ist [77]). Der Mangel dieser bürgerlichen Ehre, und

eundem aliis ETIAM BENEMERITIS *quis denegaverit, non potest dici, injuria* [illegible] *fecisse, sed dumtaxat inhumanitatis, aut, si ita loqui licet, incivilitatis notam sibi contraxisse.*

75) Man vergleiche hier besonders Weber über Injurien 1. Abtheil. §. 1. S. 15.

76) *Ilug.* DONELLUS in Comment. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 6. pag. 1023. sagt: DIGNITATEM *seu* AESTIMATIONEM CIVILEM *accipere debemus eam conditionem, qua sit, ne quis habeatur indignus iis rebus, aut plerisque, quae civibus singulis, in suo cuique ordine, tribui solent: cuius generis haec sunt: in civitate esse licere; rebus communibus uti, ut communibus; fungi in ea civilibus et virilibus officiis tum privatim, tum publice; nihil turpe aut indignum honesto viro pati; honores ordini suo convenientes capessere.*

77) *L.* 5. §. 1. *D. extraord. cognit:* wo es heißt: *Existimatio* est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comproba-

tus

der Verlust der davon abhängenden bürgerlichen Rechte wird die Ehrlosigkeit im weitläuftigen Verstande genennt, und diese in die eigentliche Infamie, und in die Unrüchtigkeit, oder *levis notae macula* eingetheilt[78]). Rühret nämlich der Mangel der bürgerlichen Ehre aus überwiesenen, oder sonst gemein bekannten schändlichen Handlungen her, so ist es eigentliche Infamie[79]). Ist aber bloß uneheliche Geburt, oder verwerfliche und schmutzige Handthierung, oder starker Verdacht eines begangenen peinlichen Verbrechens, weßhalb Jemand in Special-Inquisition gerathen ist, die Ursache einer, von den Gesetzen selbst im Allgemeinen gebilligten, öffentlichen Verachtung, um welcher willen die damit behafteten Personen gleichfalls des völligen Genusses der allgemeinen Vorrechte ehrlicher Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft, so lange nicht der Flecken abgetilgt ist, entbehren müssen, so wird dieser Zustand Unrüchtigkeit, oder *levis notae macula* genennt. Von dieser werde ich §. 385. ausführlich handeln. Jetzt von der eigentlichen Infamie.

§. 375.

tus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

78) S. WOLTAER Observat. iur. civ. et Brandenburg. Fasc. I. Obs. 22. §. 1.

79) Man unterscheide von der Ehrlosigkeit die Rechtlosigkeit, worunter man den gänzlichen Verlust aller bürgerlichen Rechte versteht. Diese entsteht aus der Rechtserklärung, und solche Rechtlose nannte das Mittelalter Verzellte. Verzellen hieß nämlich in der Sprache des Mittelalters einen seiner Ehre, Rechte und Güter verlustig erklären. S. Joh. Frieb. Klotzsch vom Verzellen. Dresden 1765. 8. und WOLTAER cit. loc. Not. 2. pag. 193.

§. 375.

Natürliche und bürgerliche Infamie. Erläuterung der L. 42. D. de Verb. signif.

Die Infamie entsteht nun entweder aus solchen Handlungen, die schon das Vernunftrecht für schändlich erklärt, oder sie rührt aus solchen unerlaubten Handlungen her, worauf bloß die bürgerlichen Gesetze die Strafe der Ehrlosigkeit gesetzt haben. Im ersten Falle nennt sie unser Verfasser **natürliche**, im andern Falle hingegen **bürgerliche Infamie**. Es gründet sich diese Eintheilung auf die bekannte Stelle Ulpians in der *L. 42. D. de Verbor. significat.* wo es heißt: Probrum et opprobrium id est. Probra quadam *natura turpia* sunt, quaedam *civiliter* et quasi *more civitatis*: utputa furtum, adulterium, natura turpe est; enimvero tutelae damnari, non natura probrum est, sed more civitatis. Nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum cadere. Diese Stelle ist aus ULPIANI *Lib. 57. ad Edictum* genommen, wo dieser Jurist das Edict des Prätors von Injurien erläutert, welches in der *L. 15. §. 2. D. de iniuriis* enthalten ist [80]). Da dieses Edict bloß von **Verbalinjurien** und insonderheit von solchen handelt, welche in beleidigenden Vorwürfen schändlicher Handlungen bestehen [81]); so bestimmt Ulpian zuvör-

80) S. GOEDDEUS in Comment. ad Tit. Dig. de verbor. signif. h. L. nr. 2. und CUJACIUS in Comm. ad eund. Tit. eandemque Leg.

81) Es erhellet dieses besonders aus den *LL. 7. 9. 11. 13. 15.* u. *17. D. de iniur.* welche aus dem nämlichen *L. 57. ad Edictum* genommen sind. Zwar hat die *L. 15.* deren §. 2. die Wor-

zuförderst die Bedeutung des Worts Probrum, weil selbiges bekanntlich mehrere Bedeutungen hat [82]). Daher sagt er: probrum et opprobrium id est, welches hier soviel heißt, als idem est, wie auch schon Cujaz [83]) bemerkt hat. Eigentlich heißt zwar *Probrum* soviel als eine unerlaubte Handlung, ein Verbrechen, eine Schandthat, wie Ducker [84]) aus mehrern Stellen der Klassiker erwiesen hat. *Opprobrium* hingegen bezeichnet die aus einem Verbrechen entspringende Schande. Weil es nun aber doch gleichviel ist, ob ich dem Andern ein Verbrechen vorwerfe, oder ihn für einen schändlichen Menschen halte; so konnte Ulpian in Beziehung auf das Edict des Prätors von Injurien die Worte *probrum* und *opprobrium* allerdings für gleichbedeutend nehmen [85]). Hiernächst macht nun der Röm. Jurist einen Unterschied zwischen solchen unerlaubten Handlungen, die schon das Naturrecht für schändlich erkennt, und solchen, die blos das Civilrecht für infamirend erklärt. Zu den schändlichen Handlungen der ersten Art rechnet er Dieb-

Worte des Edicts enthält, in den gemeinen Ausgaben die Ueberschrift: ULPIANUS *Lib.* 77. *ad Edictum.* Allein da Ulpian Lib. 57. seines Commentars ex instituto von Injurien gehandelt, so ist die Ueberschrift der L. 15. ohne Zweifel unrichtig, wie auch DUCHER in Opuscul. de latinitate ICtorum vet. pag. 120. bemerkt hat.

82) Man sehe WALCH ad *Eckhardi* Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. IV. §. 145. pag. 275.

83) Lib. IX. Observ. cap. 15. Eben dieß hat noch mit mehreren bestätigt FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. III. cap. 36.

84) Opuscul. de latinitate vet. ICtorum. pag. 116.

85) S. *Iul. a* BAYMA Commentar. in Tit. Dig. de Verb. Significat. (*Leovardiae 1649. 8.*) ad h. L. 42. pag. 71.

Diebſtahl und Ehebruch, denn dieſe Verbrechen laſſen ſich ohne einen Dolus faſt nicht denken [86]). Allein wenn ein Vormund ſich ſo ſuſpect gemacht hat, daß er ſeines Amts entſetzt werden kann, ſo iſt das kein ſolches Verbrechen, welches das Naturrecht für ſchändlich erklärt, ſondern die bürgerlichen Geſetze haben nur die Ehrloſigkeit darauf geſetzt [87]). Denn nach dem Rechte der Pandecten war nicht gerade nothwendig, daß der Vormund den Pupillen vorſetzlich betrogen haben mußte, ſondern eine grobe Nachläßigkeit wurde in dieſem Falle dem Betruge gleich geachtet, wie Johann Vollenhove [88]) ausführlich dargethan hat.

86) *L. 51. D. pro Socio. L. 43. D ad Leg. Iul. de adulter.*

87) *Ger.* NOODT Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 13. hält die Worte: *ſed more civitatis* für eine Gloſſe, aber ohne hinreichenden Grund, wenn ihm gleich *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 8 beſtimmt. Der ganze Zuſammenhang des Geſetzes lehrt, daß ſie nothwendig ſind, und daher beybehalten werden müſſen. Auch in den Libris *Baſilicis* Lib. II. Tit. 2. Tom. I. pag. 46. werden ſie als ächt anerkannt; wie ſchon WALCHTLER in Opuſcul. pag. 221. ſeq. *Abr.* WIELING in lectionib. iuris civ. Lib. I. cap. 10. *Chriſt. Henr.* ECKHARDT in Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. VII. §. 286. u. a. mehr gegen Noodt erinnert haben.

88) Diſſ. de ſuſpectis tutoribus et curatoribus. Cap. VIII. §. 6. et ſeq. (in OELRICHS *Thes. nov. Diſſ. Belgic.* Vol. I. Tit. I. p. 247. ſeqq. Man vergleiche mit der *L. 1. D. h. t.* die *L. 7. §. 1. D. de ſuſpect. tut.* und *L. ult. D. ubi pupill. educari deb.* Siehe auch VOET in Comment. ad h. Tit. §. 2. und *Hieron. de* OROZ de apicibus iuris civ. (*Lugd.* 1661. f.) Lib. V. cap. 5. nr. 4. pag. 362. Es läßt ſich jedoch aus dem §. 2. *I. de poena temere litigant.* nicht undeutlich ſchließen, daß in iudicio tutelae die culpa lata nur dann dem dolo gleich geachtet worden, wenn der Vormund, ſtatt dem Pupillen den verurſachten Schaden in

Eine solche Nachlässigkeit macht den Vormund wenigstens more civitatis insofern unehrlich, daß er zu keiner Vormundschaft wieder gelangen kann [89]). Das Naturrecht hingegen erkennt eine bloße Nachlässigkeit, ohne bösen Vorsatz, nicht für eine so schändliche Handlung, daß ein Mensch deßwegen infam würde, weil auch zuweilen ein sonst redlicher und rechtschaffener Mann (homo idoneus) sich einer großen Nachlässigkeit schuldig machen kann. Ob nun gleich darin die meisten Ausleger übereinstimmen, daß der Ausdruck *tutelae damnari* nicht bloß vom Dolus, sondern hier vorzüglich von der culpa lata zu verstehen sey, indem, wenn ein Vormund seinen Pupillen vorsetzlich betrügt, dieses ohnstreitig schon nach dem Vernunftrecht für eine schändliche Handlung zu achten ist, die kein rechtschaffener Mann begehen wird; so ist man doch über den eigentlichen Sinn der Worte *more civitatis* nicht einig. Mehrere Rechtsgelehrten [90]) wollen darunter nicht sowohl das Civilrecht

Güte zu ersetzen, mit demselben einen Proceß anfieng; denn Justinian rechnet die Infamie mit unter die Strafen der verwegenen Litigirens; *si quis tutelae fuerit damnatus.* Soviel ist indessen gewiß, daß nach dem neuern röm. Recht nur erwiesener vorsätzlicher Betrug den Vormund infamirt. *L. 1. 2. 4. 5. 6.* und besonders *L. 9. Cod. de suspect. tut. L. 2. C. de tut. vel. curat. qui satis non ded.* S. *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 6. I. de suspect. tutor.

89) *Io.* IENSEN in strictur. ad Rom. iur. Pandect. et Codicem pag. 518.

90) S. DONELLUS in Commentar. iur civ. Lib. VIII. cap. 8. pag. 1027. *Abr.* WIELING in lection. iur. civ. c. 1. pag. 57. und *Iof.* FINESTRES in Hermogeniano. ad L. 5. D. de Iust. et et Iure. Exercit. XII. §. 33. pag. 207. in fin. et seq.

recht selbst, als vielmehr das Urtheil der Bürger verstehen, welche insgemein das schlimmste zu denken gewohnt sind, und daher denjenigen, welcher von der Tutel ist abgesetzt worden, gleich für unehrlich zu halten pflegen, nicht anders, als wenn er, wer weiß, welche Betrügereyen begangen hätte. Allein ich kann dieser Erklärung nicht beystimmen. Unmöglich konnte Ulpian, der hier zeigen wollte, welche probra naturaliter, und welche civiliter talia sind, einem unbilligen Volksurtheile das Wort reden, es ist vielmehr bekannt, daß in unsern Gesetzen die Ausdrücke *civiliter* und *more civitatis* dasjenige bezeichnen, was durch das Civilrecht eingeführt worden, oder sonst demselben gemäß ist[91]). Warum übrigens Ulpian zwischen probris naturalibus und civilibus unterscheidet, läßt sich leicht errathen, da seine Absicht war, das Edict des Prätors von Verbalinjurien zu erläutern. Ob man aber den eigentlichen Sinn des Rechtsgelehrten getroffen habe, wenn man den Unterschied zwischen den angegebenen beyden Arten von probris darin setzt, daß der Vorwurf einer schon natürlich schändlichen Handlung allemahl eine Injurie sey, nicht aber, wenn man den Andern einer Handlung beschuldigt, die nur civiliter und more civitatis infamirt, wie besonders Göddäus[92]) und Pothier[93]) behaupten, will ich hier nicht wei-

91) *L. 1. §. 1. D. Si mens. fals. mod. dix. L. 14. D. de obligat. et act. L. ult. D. rem. pup. salv. fore L. 8. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 34. §. 1. D. de contrah. emt. L. 7. D. de supel. leg. L. ult. §. 27. D. de muner et honor.* Conf. BRISSONIUS de verb. Signif. v. *mos* et *civiliter*.

92) In Commentar. in Tit. 16. Lib. L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 42. cit. nr. 12. p. 510.

93) In Pandect. Iustinianeis Tom. III. Tit. de Verb. Signif. Nr. CLXXVIII. Not. e. pag. 682.

weiter untersuchen; mir ist es genug, gezeigt zu haben, daß die von unserm Verfasser hier vorgetragene Eintheilung der Infamie in die natürliche und bürgerliche den Gesetzen des Röm. Rechts nicht unbekannt sey.

§. 376.

Nähere Erklärung der natürlichen Infamie. Eintheilung der Ehrlosigkeit in *infamiam iuris* und *facti*.

Nach der Lehre Ulpians giebt es also eine natürliche Ehrlosigkeit, welche aus solchen Handlungen entsteht, die schon von Natur schändlich sind. Soll diese jedoch einen Einfluß auf die bürgerlichen Rechte und Verhältnisse haben, so muß das Civilgesetz solche bestätigen. Denn die vorzüglichsten Wirkungen, welche die bürgerliche Ehre mit sich bringt, verdankt sie dem Staate und der positiven Gesetzgebung. Nur der Staat darf die Bedingungen vorschreiben, unter denen er die Vorzüge eines guten Namens seinen Bürgern gestatten will; er kann also auch diese Vortheile denjenigen versagen und entziehen, welche sich derselben durch Handlungen, die mit dem Wohle des Staats streiten, unwürdig gemacht haben. In dieser Hinsicht kann man mit Recht sagen, daß es ausser dem Staate keine eigentliche Infamie gebe [94]). Es ist zwar nicht zu läugnen, daß ein Mensch, der sich Eingriffe in die Rechte seiner Mitbürger erlaubt hat, auch ausser dem Staate auf guten Namen und Ehre keinen Anspruch machen kann. Ein Mensch, der nicht Treue und Glauben hält;

94) Man sehe hier vorzüglich des Hrn. Hofr. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 3. Th. §. 73. und 74. S. 123. ff.

hält; der sich eine Freude daraus macht, andern Tort und Schaden zu thun; der Ungerechtigkeiten ausübt, der dem Andern ohne Recht das Seinige nimmt; ferner ein Mensch, der sich der Wollust, der Schwelgerey und dem Trunk ergiebt, würde auch im Naturzustande seinen Credit verlieren, und in den Augen ehrliebender und rechtschaffener Menschen verabscheuungswürdig seyn. Allein deßwegen kann man doch nicht gleich jedem Menschen, der sich durch natürlich schändliche Handlungen ehrlos gemacht hat, auch im Staate die bürgerlichen Rechte entziehen, weil der gute Name ausser dem Staate lange die Folgen nicht hat, welche ihm der Staat, und die positive Gesetzgebung beylegt. In dieser Rücksicht sagt unser Verfasser ganz recht, daß nicht alle Handlungen, welche nach dem Vernunftrechte für schändlich zu halten sind, auch gleich in der bürgerlichen Staatsgesellschaft infamiren, obgleich freylich das von ihm gewählte Beyspiel nicht dahin gehört. Denn vorsetzliche Banqueroutirer (fraudulenti decoctores), welche sich durch ihre verschwenderische Lebensart ausser Stand gesetzt haben, ihre Schulden zu bezahlen, contrahiren nicht bloß eine natürliche Infamie, sondern auch die bürgerlichen, sowohl Römischen[95]), als teutschen Reichsgesetze, erklären sie für ehrloß[96]). Allein wer wird es wohl läugnen, daß der

95) Man vergleiche *Guil.* FORNERII Selection. Lib. II. cap. 27. (in *Thes. Ottonian.* Tom. II. col. 77.) und *Jac.* GOTHOFREDI Comment. in Tit. Pandectar. de diverf Reg. iur. ad L. 144. h. T. pag. 603.

96) Die teutschen Reichsgesetze verordnen, daß muthwillige Banqueroutierer den Dieben gleich geachtet, zu keinen Aemtern, Ehren und Würden gelassen werden, und keinen Anspruch auf In-

der Mißtrauische, der Neidische, der Geißige, der Unverschwiegene, der Lügner auch ausser dem Staate die gerechte Verachtung eines jeden rechtschaffenen verdient, und dennoch erklären die bürgerlichen Gesetze dergleichen Menschen nicht überall für ehrloß. Mit einem Worte, die natürliche Ehrlosigkeit kann nur in sofern auch in der bürgerlichen Gesellschaft von Wirkung seyn, als sie von den bürgerlichen Gesetzen dafür ebenfalls anerkannt, und ihr daher rechtliche Wirkungen beygelegt worden sind. Es bleibt also Wahrheit, daß alle Infamie, welche bürgerliche Wirkungen haben soll, von den Civilgesetzen bestätigt seyn müsse. Wenn nun aber die bürgerlichen Gesetze mit einer schon natürlich schändlichen Handlung darum, weil sie auch mit dem Wohle der bürgerlichen Gesellschaft streitet, den Verlust der bürgerlichen Ehre, als eine Strafe, verknüpfen; so kann dieß auf mehr als eine Art geschehen, und daher die bürgerliche Ehrlosigkeit mancherley Stuffen haben. Es lassen sich besonders zwey Fälle gedenken. Entweder das Civilgesetz bestimmt ausdrücklich eine gewisse Handlung, und verordnet, daß wer solche begeht, ehrloß seyn, oder dafür erkläret werden solle; z. B. wer einen Diebstahl oder Ehebruch begeht, soll für infam erklärt werden; oder das bürgerliche Gesetz hat nicht insbesondere eine gewisse Handlung mit der Ehrlosigkeit belegt, sondern nur im Allgemeinen bestimmt, daß derjenige, welcher die Pflichten eines redlichen Bürgers nicht erfüllt, vielmehr Handlungen begeht, die nicht nur eine

Indulte und Moratorien, die den unglücklichen Schuldnern sonst bewilliget zu werden pflegen, machen sollen. Man sehe die Reichs-policey-Ordnungen von 1548. Tit. 22. §. 1. und von 1577. Tit. 23. §. 2. und Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XIII.

eine natürliche Schändlichkeit mit sich führen, sondern auch dem gemeinen Wohle der bürgerlichen Gesellschaft nachtheilig sind, auf die Rechte der bürgerlichen Achtung keinen vollkommenen Anspruch haben solle. So z. B. streitet es gegen die Pflichten eines rechtschaffenen Bürgers, ein Trunkenbold zu seyn. Denn was kann ein solcher Mensch, der selten nüchtern wird, zum Besten der bürgerlichen Gesellschaft wirken? Wie kann man einem solchen ein öffentliches Amt anvertrauen? wie kann man ihm, wenn es auf die Ablegung eines Zeugnisses ankommt, vollkommenen Glauben beylegen? Wenn nun gleich die bürgerlichen Gesetze die Trunkenheit nicht besonders mit der Infamie belegen, so billigen sie doch die Verachtung, welche solche Menschen, die einen anstössigen und mit dem Wohle des Staats streitenden Lebenswandel führen, verdienen, und wollen nicht, daß sie jene Vorzüge eines unbescholtenen Namens geniessen sollen, deren sie nur ehrliche und rechtschaffene Bürger würdig halten. Hieraus entsteht nun eine zweyfache Art der Ehrlosigkeit, welche die Gesetze anerkennen, und welche beyde in ihren rechtlichen Wirkungen ganz verschieden sind. Die Infamie der erstern Art nennt man insgemein *infamiam iuris*, die der andern Art hingegen *infamiam facti*. Ich weiß zwar wohl, daß mehrere, sowohl ältere, als neuere Rechtsgelehrten [97]), diese

97) Unter den ältern Rechtsgelehrten waren schon NIELLIUS Lib. II. Disputat. feudal. Thes. 6. lit. D. PACIUS Hagoge Digestor. h. t. WISSENBACH in Exercit. ad Pand. Disp. XI. §. 13. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 6. pag. 1023. seq. *Pet.* BELLOIUS Varior. iuris civ. Lib. I. cap. 6. (Tom. IV. *Thes. Meermann.* pag. 677. seq.) und *Pet.* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora Exerc. IV. §. 10. pag. 97. wel-

diese Eintheilung verwerfen, weil alle Ehrlosigkeit eine Strafe sey, welche der Richter nicht eher erkennen dürfe, als bis es das Gesetz ausdrücklich erlaubt. Noch viel weniger aber könnten Ehre und Schande in der bürgerlichen Gesellschaft, mit den davon abhängenden rechtlichen Verhältnissen, der willkührlichen Entscheidung des Publikums unterworfen werden. Allein kommen gleich jene Benennungen in den Gesetzen selbst nicht vor, so ist doch die Sache selbst, die man dadurch bezeichnet, in den Gesetzen ohne allen Zweifel gegründet, wie auch schon von andern Rechtsgelehrten [98]) hinlänglich dargethan worden ist. Es ist wahr, die

welche die infamiam facti nicht annehmen. Unter den neuern verdienen bemerkt zu werden STRECKER Diss. de non ente civili infamia facti. *Erf.* 1736. de SELCHOW select. capita doctrinae de infamia. *Gott.* 1770. Sect I. §. 3. *Chr. Gottl.* EINERT Exercit. iur. qua, praeter unam mediatam iuris infamiam, nullam existere infamiae speciem def. *Lipsiae* 1777. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 301. u. 302. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3 Band §. 301. und Kleinschrod in der systemat. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 3. Th. §. 85.

98) Unter den ältern Rechtsgelehrten hat schon *Francisc. de* AMAYA in Commentar. in tres posterior. libros Cod. Iustin. (*Lugd. 1639.* fol.) Tom. I. Lib. X. Tit. 57. nr. 7. — 15. pag. 566. seq. den DONELLUS gründlich widerlegt. Unter den neuern nenne ich vorzüglich *Luc. van. de* POLL. de exheredatione et praeteritione (*Ultrajecti 1712. 4.*) Cap. LXII. §. 17. p. 452. seqq. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 2. Carl Adolph Braun von der infamia facti. (in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. 33. 38. u. 50. (*Sam. de* GOCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 9. und *Io. Ern. Bern.* EMMINGHAUS ad *Eundem* c. l. not. n.

die so genannte infamia facti hat nicht diejenigen nachtheiligen Wirkungen, mit welchen die infamia iuris verknüpft ist, sie kann auch eher aufgehoben werden, als die letztere. Daher wird auch nur diejenige Ehrlosigkeit, welche die Rechtsgelehrten infamiam iuris nennen, mit dem eigentlichen Namen *infamia* in den Gesetzen belegt. Daß aber dessen ungeachtet die römischen Gesetze, ausser der infamia iuris oder der eigentlich sogenannten *infamia*, noch eine andere Art der Ehrlosigkeit annehmen, welche aus einem schändlichen und mit dem Wohle des Staats streitenden Lebenswandel entsteht, und auch derselben rechtliche Wirkungen beylegen, wenn sie gleich solche nicht gerade mit dem Namen einer infamiae facti belegen, läßt sich aus mehreren Stellen des römischen Gesetzbuchs erweißen. So sagt erstlich Julianus [99]) von denen, welche actione doli oder iniuriarum belangt worden, allein per procuratorem litigirt haben: licet *verbis Edicti* non habeantur *infames* ita condemnati, *re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.* Es würde ferner eine höchst auffallende Tautologie in der Verordnung des Kaisers Constantin des Großen seyn, wo es heißt [100]): Neque famosis neque notatis, et *quos scelus*, *aut vitae turpitudo inquinat*, et quos infamia ab honestorum coetu segregat, dignitatis portae patebunt, wenn man sie bloß von denjenigen erklären wollte, die mit einer infamia iuris behaftet sind. Eben dieser Kaiser unterscheidet an einem andern Orte [1]) *infamiam* und *turpi-*

99) *L.* 2. *D. de obsequiis parent. et patron. praestand.*
100) *L.* 2. *Cod. de Dignitatibus.*
1) *L.* 27. *Cod. de inoff. testam.*

turpitudinem von einander, legt jedoch den letztern eben die Wirkung bey, daß wenn man eine solche schändliche Person im Testamente seinem Bruder vorgezogen, dem Uebergangenen die querela inofficiosi gegen ein solches Testament zustehen solle. Auf gleiche Weise machen die Gesetze einen Unterschied zwischen solchen Handlungen, welche im eigentlichen Verstande infamiren, und solchen, *quibus pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari* [2]), oder wie sie auch zu sagen pflegen: *quae pudorem tantum fugillant* [3]). Daß endlich die Gesetze in solchen Fällen, wo sie auch keine Infamie insbesondere verordnet haben, dennoch wenigstens die Verachtung nicht mißbilligen, welche diejenigen nach dem Urtheil rechtschaffener und verständiger Leute verdienen, die sich durch natürlich schändliche Handlungen der bürgerlichen Achtung, und der damit verknüpften Vortheile, unwürdig gemacht haben, beweisen noch insonderheit folgende Gesetze. So reskribiren erstlich die Kr. Diocletian und Maximian [4]): Etsi libidine intemperatae cupiditatis ex actorum lectione exarsisse te cognitum est; tamen cum ancillas compressisse, non liberas stuprasse, detectum sit, ex huiusmodi sententia *gravatam potius opinionem tuam*, quam *infamia adflictam esse*, manifestum est; und Kr. Alexander [5]) sagt: Ea, quae pater, testamento suo filios increpans, scripsit, infames quidem filios iure non faciunt, *sed apud bonos et graves opinionem eius, qui patri displicuit, onerant.* Endlich lehrt auch Callistratus [6]), daß

2) *L. 20. D. h. t.*
3) *L. 10. §. 12. D. de in ius vocando.*
4) *L. 25. Cod. ad L. Iul. de adulter.*
5) *L. 13. Cod. Ex. quib. cauf. infam. irrogat.*
6) *L. 3. pr. D. de Teftibus.*

daß bey Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen vorzüglich darauf gesehen werden solle, an *honestae*, et *inculpatae vitae*, an vero *notatus* quis, et *reprehensibilis* sit. Kann man nun von solchen Menschen, quos vitae turpitudo inquinat, et quorum opinio apud bonos honestosque gravata est viros, und welche die Gesetze dennoch von denen, qui infames iure habentur, unterscheiden, nicht wohl sagen, daß sie homines integrae existimationis sind, wofür man sie doch halten müßte, wenn man die infamiam iuris nur für die einzige Art der Ehrlosigkeit halten wollte; genieſſen ferner solche Menschen auch wirklich nicht mehr die vollkommenen Rechte und Vorzüge eines guten Namens, da sie nach Maßgabe der angeführten Gesetze von Ehrenstellen ausgeschlossen seyn [7]), und Geschwistern im Testa-

7) Man pflegt zwar dieser Behauptung die *L. 12. D. de decurion.* entgegen zu setzen, wo gesagt wird, daß auch sogar diejenigen, welche eines Policeyvergehens wegen von den Aedilen gegeiselt worden sind, dennoch vom Decurionate und andern Municipalämtern nicht auszuschließen wären. Allein es wird doch erstlich in der angeführten Stelle ausdrücklich gesagt: *inhonestum tamen esse, huiusmodi personas, flagellorum ictibus subiectas, in ordinem recipi: et maxime in iis civitatibus, quae copiam virorum honestorum habent.* Sodann war es auch nöthig, in Ansehung des Decurionats und der übrigen öffentlichen Aemter in den Municipien eine Ausnahme zu machen. Denn diese Aemter waren überaus lästig, so daß sich niemand gern darum bewarb, der nicht entweder ein solches Amt übernehmen mußte, oder sonst gewisse Vortheile dadurch zu erlangen suchte. Daher stand sogar Plebejern, Juden und Ungelehrten der Weg zu solchen Aemtern offen. In dieser Rücksicht waren also auch diejenigen nicht auszuschließen, welche nicht förmlich für infam erklärt worden, sondern sich nur

ment nicht vorgezogen werden sollen, auch kein vollgültiges Zeugniß ablegen können; so muß es doch wohl, ausser der infamia iuris, noch eine andere Art der Ehrlosigkeit geben, welche die Rechtsgelehrten *infamiam facti* zu nennen pflegen. Bestünde diese freylich nur in schwankenden Meinungen des Publicums, und wäre sie wirklich von keinen weiteren rechtlichen Folgen, wie diejenigen behaupten wollen, die selbige verwerffen; so würde ich ihnen beyzutreten kein Bedenken tragen. Allein darin liegt eben der Fehler, daß man sich von der infamia facti eine ganz andere Vorstellung gemacht hat, als die Gesetze eigentlich damit verbinden. Keineswegs haben die Gesetze die Beurtheilung jener turpitudo, welche die Rechtsgelehrten infamiam facti nennen, der bloß willkührlichen Entscheidung des Publikums unterworffen. Nein, so lang die Römer Censoren hatten, überließ man es ihrem Urtheil, welche Untugenden an ihren Bürgern mit einer öffentlichen Rüge und Beschimpfung belegt zu werden verdienten. Man pflegte daher nur die erfahrensten, redlichsten, und tugendhaftesten Männer an diesen Posten zu stellen.

nur durch eine erlittene Ausgeisselung einmal eine öffentliche Beschimpfung zugezogen hatten, wenn man nämlich kein besseres Subject zur Besetzung eines solchen Amtes hatte, wie auch die angeführte *L.* 12. in den Worten: *nam paucitas eorum, qui muneribus publicis* (scil. in municipiis) *fungi debeant, necessario etiam hos* (scil. flagellis caesos) *ad dignitatem municipalem, si facultates habeant, invitet;* deutlich zu verstehen giebt. Man sehe SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 31. *Io.* WUNDERLICH in libr. sing. de legitimatione per oblationem curiae. (*Ienae 1759. 4.*). §. 4. und *Andr. Guil.* CRAMER Dispunction. iur. civ. (*Suerini et Wismar. 1792. 8*). Cap. I. pag. 5.

len. (Ob nun gleich eine solche nota censoria weder alle Wirkungen der infamiae iuris gehabt, noch auch, wie Cicero [8]) sagt, als eine res iudicata angesehen wurde, und daher von den Censoren auch wieder aufgehoben werden konnte; so waren doch die Wirkungen für denjenigen, der von den Censoren war notirt worden, nicht wenig nachtheilig. Ein Senator verlohr Sitz und Stimme im Senate, ein Ritter sein Pferd, welches er vom Staat erhalten hatte. Bey Schauspielen mußte der Notirte unter dem Pöbel sitzen, wenn er auch von noch so vornehmen Stande war. Niemand vertraute ihm die Vormundschaft über seine Kinder an. Zuweilen wurde der Notirte nur für einen aerarius erklärt, d. i. man schätzte zur Strafe sein Vermögen höher, als es seyn sollte, so daß er nun auch mehr Tribut bezahlen mußte; zuweilen wurde er von einem Tribu in den andern versetzt, und dadurch degradirt, zuweilen gar in tabulas Caeritum referirt, und hierdurch seines Stimmrechts auf dem Reichstage beraubt, und was dergleichen Wirkungen mehr waren, wovon vorzüglich Gundling [9]), Braun [10]) und Alexander Adam [11]) nachgesehen werden können. Nun wurde zwar das Amt der Censoren in der Folge auf-

8) *Orat. pro A. Cluentio. Cap. 42.*

9) Von den röm. Schatz- und Zuchtmeistern oder Censoribus (*in Gundlingianis* XVI. Stück. Nr. I.)

10) Von dem römischen Zuchtmeisteramte, und der daraus fliessenden Anrüchtigkeit; (in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. XXXVIII.

11) Handbuch der römischen Alterthümer aus dem Englischen übersetzt vom H. M. Meyer 1. Band. (Erlangen 1794. 8.) S. 238. folg.

gehoben, aber damit keinesweges die Beurtheilung der Handlungen, welche den guten Namen schmälern, und eine Verachtung nach sich ziehen, bloß der willkührlichen Entscheidung des Publikums unterworfen. Nein, die Gesetze erfordern solche facta turpia, quae *apud bonos et graves viros* wie Kr. Alexander [12]) sich ausdrückt, existimationem onerant. Der Richter muß also darüber entscheiden, wenn die Sache zur Sprache kommt, ob Jemand wirklich sich so schimpflich aufgeführt habe, daß er derjenigen Vortheile des guten Namens für unwürdig zu achten sey, von denen gerade die Frage ist. Auf solche Art läßt sich also die *infamia facti* als eine von der infamia iuris unterschiedene Art der Ehrlosigkeit, nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten [13]), allerdings rechtfertigen. Sie unterscheidet sich übrigens von der Infamia iuris besonders darin, daß hier nicht ein factum in specie mit der Ehrlosigkeit belegt wird, sondern nur solche Handlungen überhaupt, die schon von Natur schändlich sind, und daneben auch mit dem Wohl der

12) *L. 13. C. Ex quib. cauſ. infam. irrog.*

13) Ausser den bereits oben angeführten Rechtsgelehrten wird die infamia facti noch von folgenden angenommen: *Io.* SCHILTER in Praxi iur. Rom Exerc X. §. 25 STRAUCH in Differt. ad ius Iuſtinianeum Diſſ. XXIX. §. 29. STRUV in Syntagm. iur. civ. Exercit. VII. Th 17. MÜLLER ad *Eundem* c. l. Not. *a.* BACHOVIUS ad *Treutlerum* T. I. Diſp. VIII. Th. IV. Lit. A. VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 3. *I. H.* BOEHMER introduct. in ius Digeſtor. h. t. §. 8. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip iuris fec. ord. Digeſtorum h. t. §. 3. et 47. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. germ Tom. I. §. 319. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 62. Not. 13. und *Iud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. V. §. 35.

der bürgerlichen Gesellschaft streiten, die bürgerliche Achtung mindern. Sie hat daher jederzeit eine von den bürgerlichen Gesetzen im Allgemeinen bestätigte infamiam naturalem zum Grunde, dahingegen eine infamia iuris auch solche Handlungen betreffen kann, welche von Natur nicht schändlich sind, wie z. B. wenn eine Wittwe vor Ablauf des Trauerjahrs ohne Dispensation zur andern Ehe schreitet. Endlich ist auch die infamia facti mit weniger nachtheiligen Folgen, als die infamia iuris, verknüpft.

§. 377.

In wiefern infamirt die Strafe? Erläuterung der *L. 22. D. h. t.* in Verbindung mit der *L. 10. §. 2. D. de poen.*

Aus dem vorigen ergiebt sich nun also, 1) daß eine irrige Volksmeinung niemanden ehrlos machen könne, wenn er sich nicht einer solchen unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat, welche entweder nach bürgerlichen oder nach natürlichen Gesetzen die Infamie nach sich zieht. Eben so gewiß ist es auch, 2) daß eigentlich nicht die Strafe an sich, sondern deren Veranlassung, nämlich das Verbrechen, infamire. Ictus fustium, sagt die *L. 22. D. h. t.* infamiam non importat, sed causa, propter quam id pati meruit, si ea fuit, quae infamiam damnato irrogat*). In caeteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est. Zur Erläuterung dieser Stelle muß ich bemerken, daß sie in der Ueberschrift dem Marcellus zugeeignet wird, aus dessen *Lib. II. Publicorum* sc. iudiciorum) selbige genommen seyn soll. Allein da von diesen

*) Hiermit stimmt auch überein *L. 14. C. Ex quib. cauf. infam. irrog.*

libris Publicorum des Marcellus sonst nirgends etwas vorkommt, solche auch in dem Indice Pandectarum Florentino nicht erwähnt werden, so ist die Ueberschrift der angeführten *L.* 22. allem Ansehen nach nicht ächt. Ich bin daher geneigt, jene Stelle mit Meinard Tydemann [14]) vielmehr dem Aemilius Macer zuzueignen, von welchem in dem Indice Pandectarum Florentino *Publικῶν βιβλια δυο* angeführt werden. Dieß ist besonders darum sehr wahrscheinlich, weil aus dem zweiten Buche der *Publicorum* des Aemilius Macer mehrere Fragmente in den Pandecten befindlich sind, die von der Ehrlosigkeit handeln [15]); und es ist auch sonst gar nichts ungewöhnliches, daß Macer mit dem Marcellus confundirt wird [16]). Ja

14) Diss. de Lucii Ulpii Marcelli ICti vita et scriptis. *Traj. ad Rhen. 1762.* Sect II. Cap. II. §. 2. (in *Ger.* CELRICHS *Thesauro novo Dissert. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 73. seq.)

15) Man sehe *L.* 63. *D. de furt. L.* 40. *D. de iniur. L.* 4. *D. de praevaricat. L.* 7. *D. de public. iudic. L.* 8. *D. de accusat. u. L.* 10. *D. de poenis*, in *Alb.* WIELING iurisprud. restituta. pag. 97.

16) So z. B. wird in der Haloandrinischen Ausgabe die *L.* 8. *D. de sepulcro viol.* ganz irrig dem Marcellus zugeschrieben, die doch aus des AEMIL. MACRI *libr. I. Publicorum* genommen ist. Eben so unrichtig ist es, wenn die Ausgabe des *Petrus ab* AREA BAUDOZA CESTIUS in der Ueberschrift der *L.* 10. *D. de poenis*: MARCELLUS *lib. 2. de publicis iudiciis*, lieset. Besonders ist die Vermischung der beyden Namen Macer und Marcellus in den libris Basilikῶν sehr gewöhnlich, wie *Io. van* KISPEN in Diss. de sepulcro violato. Cap. XXVI. §. 5. nr. 13. gezeigt hat. Mehrere Beyspiele von dieser Namenverwechselung findet man bey TYDEMANN in cit. Dissert. Sect. I. Cap. VIII. §. 5.

Ja es findet sich unter den Fragmenten, die aus dem zweyten Buche der *Publicorum* des Aemilius Macer entlehnt sind, eins, nämlich die *L. 10. D. de poenis*, mit welchem unsere *L. 22. D. h. t.* einen unmittelbaren Zusammenhang zu haben scheint, so daß beyde aller Wahrscheinlichkeit nach zusammen gehört haben. Hier heißt es nun §. 2. *L. 10. cit:* In personis tam plebejorum quam Decurionum illud constitutum est, ut qui maiori poena adficitur, quam legibus statuta est, infamis non fiat: ergo et si opere temporario quis multatus sit, vel tantum fustibus caesus, licet in actione famosa, veluti furti; dicendum erit, infamem non esse, quia et solus fustium ictus gravior est, quam pecuniaria damnatio. Verbindet man mit dieser Stelle die L. 22. so läßt sich folgender ganz richtiger Sinn bestimmen. Es ist, sagt Macer, bey den Decurionen sowohl als den Plebejern in den Municipien besondern Rechtens, daß wenn sie einer infamirenden Handlung wegen härter bestraft worden sind, als das Gesetz will, ihnen die sonst verdiente Ehrlosigkeit nachgelassen wird. Man setze also, ein solcher Municipal-unterthan sey eines begangenen Diebstahls wegen auf Befehl des Präses fustigirt worden, da er doch den Rechten nach nur mit einer Geldstrafe hätte belegt werden sollen, so wird er nun nicht infam. Warum? Erstlich, weil das Verbrechen, was die Infamie wirkte, nun nicht mehr vorhanden ist, wenn der Verbrecher deßwegen schwerer bestraft worden, als er es verdiente, da er nun schon so viel ausgestanden hat, als die Folgen der Ehrlosigkeit betragen. Zweytens, weil die Strafe an sich, und auch selbst die Fustigation, nicht infamirt, sondern die Veranlassung derselben, nämlich das Verbrechen, weßwegen einer die

Strafe verdient hat. Wird nun also Jemand härter gestraft, als er es verdient hat, so fehlt es an dem Grunde der Infamie, folglich kann sie aus der Strafe allein nicht entstehen [17]). Hier ist nun zwar zwischen beyden Stellen der allergenaueste Zusammenhang, indessen berechtiget uns denn doch dieß noch nicht zu dem Axiom, welches unser Verf. hieraus herleiten will, *quod scilicet*, um seine eigene Worte in der Not. l. zu gebrauchen, *poena corporalis iusto gravior famam alicui conservet, quasi hac ratione de fama esset transactum.* Ich weiß zwar wohl, daß dieß eine gemeine Meinung der Rechtsgelehrten ist, welche von sehr vielen behauptet wird, als ob der Richter die vom Verbrecher verdiente Ehrlosigkeit dadurch nachlassen könne, daß er auf eine härtere, als die gesetzliche, Strafe erkennt [18]). Man beruft sich, ausser jener *L.* 10. §. 2. *D. de*

17) Erklärt man auf diese Art die *L.* 22. *D. h. t.* in Verbindung mit der *L* 10 §. 2. *D. de poen.* so ergiebt sich, daß sie CORASIUS Miscellaneor iur. Lib. I. cap. XVI. §. 5. ganz unrichtig verstanden habe, wenn er sagt: daß nach der L. 22. die Fustigation alsdann infamire, wenn sie Jemand eines infamirenden Verbrechens wegen erlitten habe. Z. B. wenn Jemand eines Diebstahls wegen fustigirt worden sey. Diese Erklärung ist der *L* 10. *cit.* offenbar zuwider. Es kommt hier vorzüglich auf die Worte an: *causa, propter quam id pati* MERUIT, welche CORASIUS nicht gehörig erklärt hat. Diese Worte wollen soviel sagen, daß das delictum ein solches seyn müße, cui fustium poena per leges est praestituta. Ein solches Verbrechen ist aber nach röm. Rechten der Diebstahl nicht.

18) *Ferd Christph.* HARPPRECHT Diss. de infamiae dispensatione, quae sit per poenae aggravationem. (in EIUS *Dissertation. academ.* Vol. I. Disp. XI. pag. 402. seqq. DONAUER Diss. de transactione legis cum delictorum reis de existimatione, quae

sit

D. de poenis, die ich schon erklärt habe, noch auf einige andere Stellen des römischen Rechts, wo gesagt wird, daß die Erkennung und Uebernehmung einer härtern Strafe gleichsam als ein Vergleich zu betrachten sey, der zur Schonung der bürgerlichen Ehre zwischen dem Richter und dem Delinquenten sey geschlossen worden [19]). Allein diese Meinung

fit per aggravationem poenae. *Altorf. 1697. Ant.* MATTHAEI de criminibus Lib. XLVIII. Tit. XVIII. Cap. 3. num. 12. VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 5. *Iac.* LECTIUS ad *Aemilium Macrum* de publicis iudiciis, (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 95) Quistorps Grundsätze des peinlichen Rechts 1. Th. § 100. KOCH Institut. iur. crim. §. 176. Westphals Criminalrecht, Anmerk. 28. §. 4. PÜTTMANN Elem. iuris crim. §. 76 HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom I. §. 324. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band. §. 303. u. a. m.

19) *L. 13. §. 7. D. h. t.* Poena gravior ultra legem imposita, existimationem conservat, ut et constiturum est et responsum: utputa si eum, qui parte bonorum multari debuit, PRAESES relegaverit, dicendum erit, *duriori sententia cum eo transactum de existimatione eius: idcircoque non esse infamem.* — *L. 15. pr. D. ad municipalem.* Ordine decurionum ad tempus motus, et in ordinem regressus, ad honorem exemplo relegati tanto tempore non admittitur, quanto dignitate caruit. Sed in utroque placuit examinari, quo crimine damnati sententiam eiusmodi meruerunt: *durioribus etenim poenis affectos, ignominia, velut transacto negotio, postea liberari.* — *L 5. D. de decurionib.* Ad tempus ordine motos ex crimine, quod ignominiam importat, in perpetuum moveri placuit: *ad tempus autem exulare iussos ex crimine leviore, velut transacto negotio, non esse inter infames habendos* — *L. 4. Cod. Ex quib. caus. infam. irrogat.* Si Posidonium in tempus anni relegatum, sententiam non excessisse *Proconsulis* probaveris, quinque annis exilio

nung läßt sich in der Theorie nicht rechtfertigen. Denn 1) sprechen alle die angeführten Gesetze offenbar nicht von einem Rechte

exilio temporali damnandum, inter infames haberi non oportet: *quoniam sententiae severitas cum caeteris damnis transigere videtur.* Das letztere Gesetz ist etwas dunkel. Man glaubt insgemein, daß man, statt *relegatum*, vielmehr relegandum, und hernach, statt *damnandum*, vielmehr damnatum lesen müsse. So lesen Accursius, Cujaz ad L. 1. C. de his, qui in exil. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. BACHOVIUS ad τὰ Πρῶτα pag. 764. *Nic.* ANTONIUS de Exilio Lib II. cap. 2. §. 5. (in Tom. III. *Thes. Meermann.*) WISSENBACH Exercit. ad Pand. Disput. XI. §. 27. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 9. TYDEMANN cit. Diss. Sect. II. cap. 2. §. 2. Not. 5. u. a. m. Allein mit Recht hat *Andr. Guil.* CRAMER in Disputation. iur. civ. libro sing. Cap. I. pag. 8. seqq. diese Emendation verworfen. Folgender Fall, welchen THALELAEUS in Scholio ad dict. L. 4. Cod. aus den Commentaren des HEROIS PATRICII anführt, wird den besten Aufschluß geben. Posidonius, ein Decurio, war eines infamirenden Verbrechens wegen, vielleicht wegen einer begangenen Injurie, statt einer sonst nur verwirkten Geldstrafe, auf ein Jahr relegirt worden. Posidonius weigerte sich, dem Urtheil des Proconsuls Folge zu leisten. Er verließ also die Provinz nicht, wie ihm doch war auferlegt worden. Der Proconsul berichtet deßfalls an den Kaiser, wie in solchen Fällen gewöhnlich war, (*L.* 27. §. 1. *D. de poen.*) und fragt zugleich an, wie es wegen der verwirkten Ehrlosigkeit zu halten sey. Die Kaiser Severus und Antoninus reskribiren hierauf, daß Posidonius zwar wegen seiner Widerspenstigkeit nun, statt eines Jahres, auf fünf Jahre zu relegiren sey, jedoch da er hierdurch eine härtere Strafe leide, als die sonst gewöhnliche ist, die eigentlich nur in einer Geldbuße bestanden hätte, so solle ihm deßwegen die Ehrlosigkeit, die er sonst verwirkt haben würde, geschenkt seyn.

Rechte des Richters, vermöge welchen er auf eine härtere Strafe, statt der gesetzlichen Ahndung, erkennen, und dadurch dem Verbrecher die verdiente Ehrlosigkeit nachlassen könne; sondern sie bestimmen nur, was in dem Falle Rechtens seyn solle, wenn der Richter einen Verbrecher härter gestraft hätte, als das Gesetz verordnet. In diesem Falle wollen sie, daß man, um den Fehler des Richters wieder gut zu machen, die Sache gleichsam als einen Vergleich betrachte, und da der Verbrecher schon mehr ausgestanden, als er verdient hat, so soll er dadurch entschädiget werden, daß ihm die Ehrlosigkeit, die sonst das begangene Verbrechen wirken würde, nachgelassen wird [20]). 2) Enthalten auch jene Gesetze keine allgemeine Regel, sondern reden durchaus nur von dem Proconsul oder dem Präses der Provinz, wenn solcher einen Decurio oder sonst einen Municipalbürger härter gestraft hatte, als das Gesetz wollte. Hier trat ein besonderer Grund ein, warum solchen Personen durch eine erlittene härtere Strafe die sonst verdiente Ehrlosigkeit nachgelassen wurde, dieser lag in der besondern Beschaffenheit der öffentlichen Municipalämter. Denn da solche Stellen, wegen der damit verknüpften vielen Lasten, schwer wieder zu besetzen waren, so mußte man freylich die Decurionen, wenn sie etwas begiengen, was ihrer Ehre nachtheilig war, möglichst zu schonen suchen; und dieß war auch bey denen nöthig, die aus den Plebejern zum Decurionat Lust und Fähigkeit bezeigten, weil auch Plebejer zu solchen Chargen gelangen konnten [21]). Dieß paßt nun aber weder auf andere römische Unter-

20) Man vergleiche hier vorzüglich Kleinschrodts systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 129.

21) Man sehe hier die Note 7. zum vorigen Paragraph.

terthanen, als gerade auf Municipalen, noch auf andere römische Magistratspersonen, als auf Proconsules und Präsides der Provinzen [22]), und kann daher auch auf unsere heutigen Richter um so weniger angewendet werden, da nicht einmal ein römischer Präses, ausser jenem Falle, wo man ihm zur Schonung der Ehre der Decurionen nachsahe, befugt war, die Infamie, die aus einem Verbrechen entspringt, nachzulassen [23]). Dessen ungeachtet nimmt doch die Praxis, auf die Glosse gestützt, jene irrige Meinung an, 1) weil man es für billig hält, daß man einem Menschen, soviel nur möglich ist, seine bürgerliche Ehre zu erhalten suche; und dann 2) weil doch der Grund jener Gesetze ganz allgemein ist, quod scilicet duriori sententia quasi transactum sit de existimatione [24]). Es wird nun zwar in diesen Gesetzen aus-

22) Vergleiche hier vorzüglich des Hrn. Prof. Cramers angeführte Dispunctiones iuris civ. Cap. I.

23) *L.* 63. *D. de furtis.* Non poterit *Praeses* efficere, ut furti damnatum non sequatur infamia. Auch diese Stelle ist aus des MACRI *Lib. II. Publicorum Iudiciorum* genommen und daher mit der *L.* 10. *D. de poenis* zu verbinden. Man sehe *Ger.* NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. (*Oper* Tom. II. pag. 78. *Iac.* GOTHOFREDUS ad Aemil. Marcum de publicis iudiciis h. L. (Tom I. *Thes. Otton.* pag. 94. seq.) und POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XIII. Pag. 99.

24) Diese Praxin bezeugen COCCEJI Tom III. Resp. 50. nr. 5. Consil. Tubingens. Vol. IV. Cons. 224. nr. 12. seqq. BERGER in Oeconom. iuris Lib. I. Tit. II. Th. 14. pag 53. (edit. *Winckler.*) STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 12. *a* WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. Part. V. Observat. 151. n. 3. seqq. pag. 1066. und Struben in den rechtlichen Bedenken 3. Th. Bed. 22. S. 107. folg.

ausdrücklich erfordert, daß die auferlegte härtere Strafe keine Geldstrafe seyn dürfe[25]); daher sich auch wohl erklären läßt, warum unser Verfasser sagt: *poena corporalis iusto gravior famam conservat.* Allein da jene Gesetze bloß von einer Privatgeldstrafe reden, die nach dem röm. Rechte dem Kläger zu Theil wurde, und wodurch also freilich dem Staate selbst kein Genüge geschahe[26]); so geht die Praxis über jene gesetzliche Einschränkung um so mehr hinaus, je weniger heutiges Tages dergleichen Privatstrafen statt finden, als in den angeführten Gesetzen vorausgesetzt werden.

Wenn oben Aemilius Macer, um noch einmal auf diesen zurück zu kommen, sagte, daß nicht die Strafe an sich, sondern deren Veranlassung, nämlich das Verbrechen, welches die Strafe verdient hat, infamire, und daß dieß nicht blos von der Fustigation, sondern auch von allen übrigen Arten der Strafen gelte[27]); so scheint ihm zwar Callistra-

25) So sagt unter andern *L.* 13. §. *7. in fin. D. h. t.* Sed si in causa furti nec manifesti in *quadruplam* iudex condemnavit: oneratum quidem reum poena aucta, (nam ex furto non manifesto in duplum conveniri debuit); verum hanc rem existimationem ei non conservasse, *quamvis, si poena non pecuniaria eum oneravisset, transactum cum eo videtur.*

26) S. DONELLUS in commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. pag. 1032. und *Franc. de* AMAYA in Commentar. in tres poster. libros Codicis T. I. Lib. X. Tit. 57. n. 25. pag. 569.

27) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 22. D. h. t. will zwar die Worte: *In caeteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est,* für ein Emblem des Tribonians halten; allein ohne hinreichenden Grund, wie schon BACHOVIUS in Comm. ad τὰ Πρωτα pag 764. gegen Faber erinnert hat.

listratus zu widersprechen, welcher in der *L. 5. §. 2. D. de extraord. cognit.* mehrere Strafen nennt, und von ihnen sagt, daß durch sie Ehrlosigkeit bewirkt werde. Allein dieser Widerspruch ist leicht zu heben; es folgt nämlich noch nicht daraus, daß die vom Callistratus angeführten Strafen schon an sich infamirt hätten; nein, sondern der Jurist muß so verstanden werden, daß unter andern die Ehrlosigkeit aus solchen Verbrechen entspringe, welche die von ihm genannten Strafen nach sich ziehen [28]).

Das teutsche Reich stellt jedoch ganz andere Grundsätze auf. Nach diesem kann die Ehrlosigkeit auch Folge der erlittenen Strafe seyn. Denn alle Criminalstrafen infamiren nach heutigen Rechten, welche durch des Schinders Hand an der Person des Verbrechers, oder an seinem Bildnisse vollzogen werden [29]). Zu diesen gehört nun heutiges Tages auch der Staupenschlag, weil er vom Scharfrichters Knecht vollzogen wird [30]). Der Grund hiervon liegt hauptsächlich darin, da die Teutschen viel zu roh und sinnlich waren, als

28) *Iul.* PACIUS Ἐναντιοφανῶν s. Legum Conciliatar Centur II. Qu. 29. und H. Hofr. Kleinschrod in der angef. system. Entwickelung der Grundbegriffe des peinl. Rechts 3. Th. §. 83. S. 145.

29) S. Seip von dem Unterschiede der ehrenrührigen Strafen nach römischen und teutschen Rechten. Lacretelle über die ehrlosmachenden Strafen; und Rundens Grundsätze des allgem. teutschen Privatrechts §. 303.

30) von Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 77. Not. f. Kleins Grundsatze des peinl. Rechts §. 87. Not. a. Stelzers Lehrbuch des teutschen Criminalrechts §. 191.

als daß sie aus dem Verbrechen selbst die Ehrlosigkeit und Schande hätten ableiten sollen; so nahmen sie Kränkungen der Ehre nur denn an, wenn sie durch öffentliche Bestrafung auf eine sinnliche Art überzeugt wurden, daß der Missethäter sich wirklich seiner Ehre verlustig gemacht habe [31]). Diesem zu Folge behauptet man daher in Praxi, daß wenn Jemand wegen eines solchen Verbrechens, welches sonst den Rechten nach infamirt, nicht auch mit einer schimpflichen Leibesstrafe, sondern nur mit Gefängniß, oder gar nur mit einer Geldstrafe belegt worden, derselbe keinesweges für ehrlos zu halten sey [32]).

§. 378.

Eintheilung der Infamie in die mittelbare und unmittelbare.

Nach dem röm. Rechte ist die infamia iuris wieder von zweyerley Art, entweder eine unmittelbare oder mittelbare. Hat nämlich das Gesetz die Infamie mit einer gewissen Handlung dergestalt unmittelbar verbunden, daß

31) Siehe Kleinschrods syst. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 3. Th. §. 88.

32) Man vergleiche THOMASIUS Diss. an poenae viventium, eos infamantes, sint absurdae et abrogandae §. 37. u. §. 45. — 47. REINHARTH select. Observat. ad *Christianaeum.* Vol. I. Obs. 8. pag. 13. *de* BOEHMER Meditation. ad Art. CX. Const. Crim. Carolinae §. 3. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum. *Goett.* 1751. §. 8. pag. 14. und Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts. 1. Th. §. 77. Not. i. Man sehe jedoch, was STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 13. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 4. und EMMINGHAUS *ad Eundem not k.* dagegen erinnert haben.

daß nach Vorschrift desselben die Wirkungen der Ehrlosigkeit eintreten sollen, sobald die Handlung zur Wirklichkeit gebracht worden ist, ohne daß deßwegen ein richterliches Erkenntniß erfordert wird, oder doch wenigstens die Wirkung desselben auf den Zeitpunct des begangenen Verbrechens zurückgerechnet werden muß, so heißt die Infamie eine unmittelbare. Wenn hingegen die Ehrlosigkeit, mit welcher die Gesetze eine gewisse Handlung belegt haben, nach Vorschrift derselben erst dann von Wirkung ist, wenn der Urheber derselben deßwegen entweder durch ein competentes richterliches Erkenntniß zur verdienten Strafe verurtheilt worden, oder sonst überwiesen ist, daß er sich deßhalb verglichen, und zur Abwendung der Anklage Geld oder Geldeswerth gegeben habe, so wird eine solche Infamie eine mittelbare genennt. Diese Eintheilung, welche von den berühmtesten Civilisten[33]) angenommen wird, wollen zwar einige neuere Rechtsgelehrten[34]) verwerfen. Sie glauben, daß

33) S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. Cap. 7. et 8. *Franc. de* AMAYA in Comment. ad lib. X. Cod. Tit. de infamibus. nr. 26 seqq. pag 569. *Ant.* MATTHAEI de criminibus Lib. XLVIII. Tit. 18. Cap. 3. n. 6. *Ge.* FRANTZKIUS in Commentar. ad Pand. h. t. n. 6. 7. et 8. VOET h. t. §. 1. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 3. seqq. WESTENBERG in Digestis h. t. §. 25. seqq. *Ge. Lud.* BOEHMER in Diss. de querela inoff. donationis fratrum §. 7. et 8. u. a. m.

34) Kleinschrod in der systemat. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts 3. Th. §. 84. EINERT Diss. praeter unam mediatam iuris infamiam nullam existere infamiae speciem. §. 7. und Danz im Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band. §. 301. S. 60.

daß es keine unmittelbare Infamie gebe, sondern daß allezeit ein **Urtheil des Richters** dazu nöthig sey, wenn Jemand für ehrlos gehalten werden solle. Allein ihre Gründe überzeugen mich von dem Ungrunde dieser Eintheilung noch nicht. Daß 1) nach dem röm. Rechte nicht überall ein richterliches **Erkenntniß** erfordert werde, wenn die Wirkung der Infamie eintreten soll, lehren uns die Kaiser **Valerianus** und **Gallienus** ganz deutlich, wenn sie sagen [35]: Noni *damnatos* quidem duntaxat *iniuriae*, sed et *pactos* quoque perpetuum Edictum infamat [36]. Verum *pactos* eos demum, qui ullos adversariis nummos pro mala conscientia ex transactione numerassent, in hac causa placuit intelligi [37]. Caeterum simplex eius rei gratia [38] integram pacti [39] existimationem illibatamque conservat. Nach diesem Gesetz sollen also nicht bloß diejenigen ehrlos seyn, welche einer infamirenden Handlung wegen verurtheilt worden sind, sondern auch diejenigen, welche sich deßwegen aussergerichtlich verglichen haben, nämlich wenn sie Geld gegeben, daß man sie nicht verklagen solle. Denn man glaubte, sie hätten den Vergleich darum geschlossen, weil sie kein gutes Gewissen hätten, und erklärte sie

35) *L.* 18. *Cod. Ex quib. caus. infam. irr.*

36) Man vergleiche hiermit *L.* 4. §. 5. *D. h. t.*

37) Eben so **Ulpian** *L.* 6. §. 3. *D. h. t.*

38) *Simplex gratia* heißt hier eine unentgeldliche Verzeihung. **Ulpian** sagt a. a. O. *Si quis precibus impetravit, ne secum ageretur*, so werde er nicht ehrlos, quia alioquin nulla erit veniae ratio: *quod est inhumanum.*

39) *Pacti*, id est. eius, qui pactus est. S. POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XI. Not. n. pag. 98.

daher geradezu für geständig und überwiesen [40]). Man hielt also in diesem Falle ein richterliches Erkenntniß um so weniger für nöthig, weil, wie **Paulus** [41]) sagt, den Geständigen gleichsam schon sein eignes Urtheil verdammt. 2) Kann es wohl nicht gleichviel seyn, wenn die Gesetze in einigen Fällen so ganz bestimmt sagen, daß das Factum allein zur Ehrlosigkeit nicht hinreichend seyn solle, wenn nicht der Schuldige deßwegen verurtheilt worden; in andern Fällen hingegen die Infamie bloß mit der Handlung selbst verbinden, ohne dabey etwas von dem richterlichen Urtheil zu erwähnen, ja wohl gar ausdrücklich sagen, daß das Factum, und nicht die Sentenz, ehrlos mache. So z. B. erklärt das Gesetz denjenigen für ehrlos, qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse *iudicatus erit* [42]), und **Ulpian** [43]) bemerkt hierbey zur Erläuterung, daß ein peinlicher Ankläger, der sich einer Calumnie oder Prävarication schuldig gemacht, nur dann erst für ehrlos zu halten sey, *si fuerit calumniae causa damnatus; neque enim sufficit calumniatum.* Dahingegen sagt das Gesetz schlechthin, wer Hurenwirthschaft treibt, (qui lenocinium fecerit), soll infam seyn [44]), und **Ulpian**, welcher in jenem Falle einer begangenen Prävarication so genau bestimmte, wenn die Wirkung der Ehrlosigkeit eintrete, erwähnt hier in seinem Commentar von dem richterlichen Urtheile eben so wenig etwas, als das Gesetz selbst, sondern erklärt nur den

40) *L.* 5. *D. h. t.*

41) *L.* 1. *D. de confessis.*

42) *L.* 1. *D. h. t.*

43) *L.* 4. §. 4. *D. h. t.*

44) *L.* 1. *D. h. t.*

den Ausdruck *lenocinium facere*[45]), also nur das Factum bekümmert ihn hier, welches das Gesetz mit der Ehrlosigkeit belegt. Ja **Ulpian** unterscheidet an einem andern Orte[46]) ausdrücklich zwischen einer solchen Weibsperson, quae est adulterii damnata, und einer solchen, quae in adulterio deprehensa quidem, damnata autem non sit, und sagt von jener, sie sey ehrlos, *quia publico iudicio damnata est*, aber auch die letztere, quae in adulterio *deprehensa* tantum sit, erklärt er für infam, welche eben so wenig als jene nach der *Lege Iulia et Papia* weder ein Senator, noch ein anderer freygebohrner Römer heyrathen dürfe[47]); und warum? *quia*, fügt **Ulpian** hinzu, *factum* LEX, *non sententiam notaverit*. Zum offenbaren Beweise, daß eine Weibsperson, welche im Ehebruch betroffen worden, ipso iure infam war, ohne daß ein richterliches Urtheil hierzu erfordert wurde[48]). Es läßt sich aber auch 3) ein ganz guter Grund angeben, warum einige Handlungen ipso iure infamiren, andere hingegen ein richterliches Erkenntniß erfordern, wenn die Wirkung der Ehrlosigkeit eintreten soll. Denn diejenigen Handlungen, mit welchen die Gesetze selbst und unmittelbar die Ehrlosigkeit verbinden, ohne dabey des richterlichen Urtheils zu erwähnen, sind von der Art, daß sie entweder wegen ihrer Kundbarkeit und Evidenz gar keine weitere Untersuchung erfordern, weil sie z. B. vor den Augen

45) *L.* 4. §. 2. *D. h. t.*

46) *L.* 43. §. 12. *D. de ritu nuptiar.*

47) ULPIANUS *Fragm.* Tit. XII. §. 1. (in SCHULTING iurisprud. Antejust. pag 607.)

48) S. *Io. Gottl.* HEINECCII Commentarium ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. II. Cap. I. §. 13. pag. 134.

des Publikums öffentlich geschahen, wie dieß der Fall bey den römischen Gladiatoren, Schauspielern und solchen war, die unter der Aufsicht der Aedilen öffentliche Bordelle hielten [49]); oder weil man das unerlaubte Factum selbst schon für einen hinlänglichen Beweis einer solchen Untreue annahm, welche die damit verknüpfte Ehrlosigkeit verdiene, wie z. B. bey einem Vormunde, welcher vor abgelegter Rechnung seine Pflegbefohlne geheyrathet hat; oder es sind solche Handlungen, derentwegen weder eine peinliche Anklage, noch eine actio famosa statt findet, wie z. B. bey dem unerlaubten Zinßwucher, welchen die röm. Gesetze bekanntlich mit der Ehrlosigkeit bestrafen [50]), obgleich dem Schuldner deßwegen nur eine Condiction zustehet [51]), die Condictionen aber an sich nicht infamiren, quamvis ex famosis causis pendeant [52]). Wenn man nun 4) gegen die in Schuß genommene Eintheilung einwenden will, daß keine Strafe unmittelbar aus der That folge, sondern bey allen erst der Richter durch ein Urtheil festsetzen müsse, welche Strafe verwirkt sey, so läßt sich hierauf antworten, daß in dem röm. Rechte dergleichen Fälle gar nicht unbekannt sind, wo die Strafe auf die That unmittelbar folgt; denn man erinnere sich nur z. B. an die Fälle, wo die Confiscation unmittelbar eintritt, und solche daher auch noch gegen die Erben des Delinquenten vollzogen werden kann, wenn gleich derselbe bey

49) S. *Io. Christ. Gottl.* HEINECCII ad Edictum aedilitium florum sparsio Cap. I. §. 13.

50) *L.* 20. *Cod. Ex quib. caus. infam.*

51) S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 7.

52) *L.* 36. *D. de obligat. et action.*

bey seinen Lebzeiten noch nicht verurtheilt worden [53]). Endlich steht unserer Eintheilung auch gar nicht entgegen, daß nach einer gewissen Verordnung der Kaiser **Carinus** und **Numerianus** [54]) nicht einmal ein Interlocut des Richters infamiren soll; denn da ist offenbar von einem solchen Falle die Rede, wo nach ausdrücklicher Verordnung der Gesetze die Wirkung der Infamie von einem richterlichen Definitivurtheil abhängt. Hier sind die Worte selbst: Interlocutio Praesidis, quae indicta est, infamem eum, de quo quaeris, fecisse non videtur, *cum non* SPECIALITER *ob injuriam vel admissam vim condemnatus sit*, sed ita Praesidis verbis gravatus et admonitus, *ut ad melioris vitae frugem se reformet.* Dieß geht nun wohl unstreitig auf die Worte des Prätorischen Edicts: Infamia notatur, qui furti, vi bonorum raptorum, *injuriarum*, etc. suo nomine DAMNATUS *erit* [55]).

§ 4 §. 379.

53) *L.* 14. *de publican. et vectigal.* Commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. *Nam, quod commissum est, statim definit eius esse, qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigali acquiritur.* Add. *L.* 22. *D. de SCto Silan. Tot. Tit. Pandect. de his, quae ut indign. aufer. Tot. Tit. Si quis aliquem testari prohib. L.* 9. *D. de iure fisci* u. a. m.

54) *L.* 19 *Cod. Ex quib. caus. infam.*

55) *L.* 1. *D. h. t.* Da diese *L.* 1. Die Worte des Prätorischen Edicts von der Infamie enthält, und ich mich in der Folge öfters darauf werde beziehen müssen, so will ich hier nur die allgemeine Bemerkung noch machen, daß die Ueberschrift dieser Gesetzstelle: IULIANUS *libro primo ad Edictum*, unstreitig corrumpirt ist. Denn es ist nicht bekannt, daß **Julian** libros ad Edictum geschrieben habe. Wahrscheinlich ist diese Stelle,

so

§. 379.

Fälle einer unmittelbaren Infamie nach römischen und teutschen Rechten.

Mit einer unmittelbaren Infamie belegen die römischen Gesetze

1) Gladiatoren, und Schauspieler. Erstere jedoch nur dann, wenn sie um Lohn fochten. Denn wer ungedungen das Amphitheater betrat, um dem Volke einen Beweis seiner Geschicklichkeit und Erfahrenheit im Fechten zu geben, ward nicht ehrlos, es wäre denn, daß er hernach statt sich mit der Palme zu begnügen, doch noch den gewöhnlichen Fechterlohn (auctoramentum) angenommen hätte[56]). Ein solcher entgieng der Infamie nicht. Denn so beliebt

so wie die folgenden Leges dieses Titels, aus ULPIANI *libro sexto ad Edictum* entlehnt, wie auch *Inc.* LABITTUS in Usu Indicis Pandect. Cap. VI. §. 6. *Abr.* WIELING in Praetermiss. ad *Labittum* (Iurisprud. Restitut. Part. II. pag. 230.) *Ant.* SCHULTING ad πρῶτα h. t. §. 3. *Pet.* BONDAM Specim. animadversion. crit. cap. 13. (in OELRICHS *Thes. nov. Diss. Belgicar.* Vol. II. T. II. pag. 224.) und *Io. Bern.* KOEHLER Interpret. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 43. bereits bemerkt haben.

56) So sind die Worte der *L.* 1. § 6. *D. de postulando* zu verstehen, wo Ulpian sagt: Eos, qui virtutis ostendendae causa hoc faciunt, (sc. *ut cum bestiis depugnarent*) sine mercede, non teneri aiunt veteres; *nisi in arena passi sunt se* HONORARI: eos enim puto, notam non evadere. Denn *honorari se pati* heißt hier nichts anders, als in arena honorarium seu largitionem accipere, wie *Carf.* COSTA in var. ambiguitat. iuris Lib. I. cap. 28. *Chr. Henr.* TROTZ in Memoria propagata Lib. I. Cap. 6. und besonders *Franc Car.* CONRADI in Progr. honoris

beliebt auch die Fechterspiele bey der Römern waren [57]), so verachtet waren dennoch die Gladiatoren, und insonderheit die Bestiarien, weil man anfänglich blos Sklaven und verurtheilte Verbrecher dazu bestimmte [58]). Es war daher für freygebohrne Römer unschicklich und schändlich, bloß aus Gewinnsucht sein Leben um einen geringen Lohn dem Schwerd oder einer wilden Bestie Preiß zu geben [59]). Man hielt dieß für so niederträchtig, daß auch schon derjenige die Ehrlosigkeit sich zuzog, der sich nur zu einem solchen Thiergefechte hatte dingen lassen, wenn er auch nachher wirklich nicht gefochten hatte. [60]). In keiner grössern Ach-

ris in arena se honorari passos infamantis veram rationem exquir. *Helmst.* 1744. aus den Basilicis, und des PHOTII *Nomocanone* Tit. XIII. cap. 21. gezeigt haben.

57) CICERO *pro Sextio* cap. 59.

58) *L.* 1. §. 1. *in fin. D. de aedilit. edicto. L.* 31. *D. de poenis.* Solche Delinquenten wurden vorher zu einem solchen Thiergefecht eine Zeitlang exercirt; daher sagt man von ihnen, sie wären *ad ludum venatorium* verurtheilt worden. *L.* 8. §. 11. *D. de poenis.* Man sehe BRANCHU Observation. iur. Rom. Dec. I. Cap. 5.

59) MANILIUS *Astronom.* Lib. IV. v. 314. sagt von den Gladiatoren: *caput in mortem vendunt, et funus arenae;* und SENECA Epist. 7. macht eine abschreckende Schilderung von der Grausamkeit dieser Fechterspiele. Uebrigens handeln von den ludis gladiatoriis sehr ausführlich LIPSIUS de Amphiteatro, Adam im Handbuch der röm. Alterthümer 2. Th. S. 610. ff. und Mayer in den erläuternden Anmerkungen darüber. S. 622. ff.

60) *L.* 1. §. 6. *D. de postul.* Qui locavit, solus notatur, sive depugnaverit, sive non. Add. *L.* 3. §. 5. *D. de testib.* et conf. *Pet.* FABRI Semestr. Lib. II. cap. 12. pag. 183. seqq.

tung standen bey den Römern die Schauspieler, welche artis ludicrae causa auf der Bühne erschienen, um das Volk durch Mimen und Pantomimen für Geld zu belustigen. Pantomimen hiessen stumme Vorstellungen, in welchen die Acteurs, die man von ihrer Kunst ebenfalls *Pantomimos* nannte, alles durch Tanz und Gestikulation, ohne zu reden, ausdrückten. Mimen hingegen waren keine stumme Vorstellungen, sondern die Acteurs, die man ebenfalls *Mimos* nannte, suchten mit der Stimme und mit Worten allerhand Charaktere auf eine lächerliche und oft sehr unanständige Weise nachzuahmen [61]). Diese Schauspiele auf der Bühne, oder *ludi scenici*, sind keine römische Erfindung, sondern wurden im Jahr der Erb. Roms 340. von den Hetruskern entlehnt [62]). Daher nannte man auch die Schauspieler von dem thusciſchen Worte *hister* i. e. ludio, *Histriones*. Man rechnete sie zur niedrigsten Classe des Pöbels, denn die Schauspiele wurden gewöhnlich nur von Ausländern, Freygelassenen, Sklaven und Huren aufgeführt. Kein Wunder, wenn sie der Prätor für ehrlos erklärte [63]). Die Far-

61) Man sehe *Oct.* FERRARII Diss. de Pantomimis et Mimis, *Franc. de* AMAYA Observation. iuris Lib. III. Cap. 5. n. 6. seqq. NOOTD in Commentar. ad Dig. h. t. HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. I. § 7. pag. 122. seqq. und Adam im angef. Handbuch. 2. Band. S. 635. ff.

62) VALERIUS MAXIMUS Lib. VII. Cap. 7. §. 6.

63) Die Worte des Prätors in der *L.* 1. *D. h. t.* Qui artis ludicrae, pronunciandive causa, in scenam prodierit, erklären sich nun aus dem, was ich von Mimen und Pantomimen gesagt habe. Man verbinde damit noch *L.* 2. §. 5. *D. h. t.* und *L.* 4. *D. de accusat.* Siehe auch noch *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. un. Cod. Theodos. de Usu sellarum Tom. V. pag. 456.

Farzen, die sie vorstellten, waren oft so obscen, so voll von Zoten, daß sogar unter der sonst sittenlosen Regierung des Tiberius ein Verbot ergieng, daß kein Senator die Häuser der Pantomimenspieler besuchen, und kein Ritter sie auf den Strassen begleiten sollte [64]). Merkwürdig ist es jedoch, daß derjenige noch nicht für ehrlos gehalten wurde, der sich bloß zu einem Schauspiel hatte dingen lassen, ohne nachher die Bühne betreten zu haben. Haec enim res, sagt Gajus [65]), non est adeo turpis, ut etiam consilium puniri debeat. Den römischen Histrionibus sind zwar heutiges Tages die herumziehenden Marionettenspieler, Seiltänzer, Affen- und Bärenführer, und dergleichen Gaukler, welche im Sachsenspiegel [66]) Spielleute genennt werden, gewissermassen gleich zu achten; allein die Verachtung, in welcher solche Vagabonden stehen, ist doch mehr nur Anrüchtigkeit, als wirkliche Infamie [67]). Auf keine Weise aber paßt die römische Verordnung auf die heutigen ordentlichen und privilegirten Schauspielergesellschaften [68]). Die römischen Fechterspiele sind heutiges Tages ganz unbekannt,

64) TACITUS *Annal. Lib. I. cap.* 77. Wer sich übrigens von den unanständigen Gestikulationen der römischen Schauspieler einen Begriff machen will, lese LACTANTIUS *de vero cultu* lib. VI. cap. 20.

65) *L.* 3. *D. h. t.*

66) Buch I. Art. 37. Diese Stelle erläutert sehr gut *Phil. Lud.* HUTH in Specim. iur. germ. de his, qui notantur infamia §. 10.

67) Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band. §. 301. S. 63.

68) STRYK Us. Mod. Pandect. h. t. §. 7. et 8. Runde's Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 310. HOLACKER Princip. iuris civ. Rom. germ. T. I. §. 321.

kannt, sie wurden ihrer Grausamkeit wegen schon unter den christlichen Kaisern, und zwar zuerst vom **Constantin**, jedoch nur im Orient[69]), nachher aber vom Kr. **Honorius**[70]) auch im Occident, und insonderheit in Rom verboten. Eine andere Art gedungener Kämpfer war zwar bey den Teutschen im Mittelalter bekannt, deren ebenfalls der **Sachsenspiegel**[71]) Erwähnung thut. Diese **Kämpfer** waren eigentlich solche Leute, welche sich vor Geld für andere schlugen, die nach den Rechten der damaligen Zeit zum gerichtlichen Zweykampf waren aufgefordert worden[72]). Man nannte sie auch *Campiones*[73]). Allein sie waren eben so, wie die sogenannten **Katzenritter**, die mit den römischen Arenariis mehrere Aehnlichkeit hatten,

69) *L. un. Cod. Iuſtin. de Gladiator. penitus tollend.*

70) THEODORETUS Lib V. cap. 26. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. Cod. Theodoſ. de Gladiatorib. Tom. V. pag. 451. ſeq.

71) a. a. O.

72) **Gloſſe des Sachſenſpiegels** 1. Buch. Art. 39. **Kämpfer** ſind ſolche Leut, die Geldes halben ſtreiten; dadurch ſie denn ſchaltbar und anrichtig werden. Ferner **Gloſſe des Sächſiſchen Weichbilds**. Kap. 35. nr. 5. Daß ſind aber die **Kämpfer**, die für die Leute kämpfen um Geld. Die aber kämpfen für ihr ſelbſt Ehr, ſolcher Kampf mag wohl geſchehen mit Recht. Man vergleiche nach **Sachſenſpiegel** 1. Buch. Art. 48. und **Schwäbiſches Landrecht** Kap. 174. Verſchieden von denſelben waren die **Katzenritter**, welche ſich öffentlich vor Geld mit Hunden, Katzen und andern Thieren herumbalgten. Von beyden handelt mit vieler Gelehrſamkeit HUTH in der angef. Diſſertation §. 9.

73) S. DU FRESNE in Gloſſario v. *Campio.*

ten, anrüchtig[74]) und schon die Glosse des Sachsenspiegels[75]) hat bemerkt, daß dergleichen Kämpfen auch bey den Teutschen längst aufgehoben worden sey.

2) Oeffentliche Huren, welche sich ohne Auswahl, entweder aus Gewinnsucht, oder auch ohne Lohn, blos aus thierischer Geilheit, dem Liebesgenusse eines Jeden überliessen[76]); und solche, welche Hurenwirthschaft trieben, d. i. feile Weibspersonen, zum Gebrauch des Publikums, unterhielten[77]). Beyde waren zwar straflos, wenn sie ihr Gewerbe unter der Auctorität und Aufsicht der Aedilen trieben[78]) Denn, um grössere Uebel zu vermeiden, duldeten die Römer unter gewissen Einschränkungen die Bordelle[79]). Allein die römischen Gesetze erklären sie für

74) Sachsenspiegel I. B. Art. 37.

75) Ad. Art. 39. Lib. I.

76) *L.* 43. *pr. et* §. 1. 2. *et* 3. *D. de ritu nupt.*

77) *L.* 4. §. 2. *D. h. t. L.* 43. §. 7. 8. *et* 9. *D. de ritu nupt.* Man hat jedoch in der Folge noch andere Bedeutungen mit dem Worte *Leno* verbunden, welche der Hr. Geh. Justiz R. Klein in den Grundsätzen des peinlichen Rechts §. 418. anführt.

78) TACITUS Lib. II. *Annal.* cap. 85. erzählt, Vistiliam, praetoria familia genitam, licentiam stupri apud Aediles vulgasse, *more inter Veteres recepto*, qui satis poenarum adversus impudicas *in ipsa professione flagitii* credebant.

79) *L.* 27. §. 1. *D. de heredit. petit.* Hierauf bezieht sich auch, wenn Ulpian *L.* 4. §. 3. *D. de condict. ob turpem caus.* sagt: illam turpiter quidem facere, quod sit meretrix, *sed non turpiter accipere* sc. mercedem, *cum sit meretrix.* S. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. II. cap. 12. *Io. Gottl.* HEINECCIUS ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 1. §. 11. RIVINUS in Diss. de muliere quaestuaria. *Viteb.* 1733.

für ehrlos[80]). Oeffentliche Huren mußten sich daher durch eine besondere Kleidung, welche Ulpian[81]) vestem meretriciam nennt, von andern ehrbaren Frauenzimmern unterscheiden, und Sueronius[82]) sagt: sie waren *iure et dignitate matronali exsolutae.* Insonderheit aber waren die Hurenwirthe bey den Römern so verachtet, daß man von demjenigen, der auch nur mit ihnen umgieng, wenn er auch gleich sonst nichts that, sagte, *eum rem fidemque perdere*, wie sich Plautus[83]) ausdrückt. Da Keuschheit eine der vier Haupttugenden war, deren unsere Vorfahren sich befleissigten, so darf man sich nicht wundern, wenn öffentliche Huren sowohl als Kuppler und Kupplerinnen auch in den teutschen Reichsgesetzen für ehrlos erklärt werden[84]).

3) Tu-

80) *L.* 43. §. 4. *D. de ritu nupt.* Non solum ea, quae facit (palam quaestum), verum ea quoque, quae fecit, etsi facere desiit, *Lege notatur:* neque enim aboletur *turpitudo*, quae postea intermissa est — §. 6. Lenocinium facere non minus est, quam corpore quaestum exercere. Add. *L.* 1. *D. h. t. L.* 3. §. 5. *D. de testib.* et *L.* 4. *D. de accusat.*

81) *L.* 15. §. 15. *D. de iniur.*

82) in *Thiberio.* Cap. 32.

83) *Curcul.* Act. IV. Scen. II. v. 16. sqq. Man sehe auch HEINECCIUS cit. loc. §. 12.

84) Reichspolicey ord. vom Jahr 1577. Tit. 10. Halsgerichtsordnung Carls V. Art. 122. Man sehe besonders Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern. 2. Abth. Nr. III. S. 85. ff. Rundens Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 305. und Danz Handbuch des teutschen Privatrechts 3. Th. §. 301. S. 62. und §. 305. S. 72.

3) Tutoren und Curatoren, welche ihre Pflegbefohlne vor Ablegung der Rechnung und vor Ablauf der zur Nachsuchung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand festgesetzten Zeit ohne besondere Erlaubniß entweder selbst heyrathen, oder ihrem Sohne zur Ehe geben[85]). Solche Vormünder werden nach dem röm. Rechte

85) *L. 66. pr. D. de ritu nupt.* Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum, non desponsam a patre, nec testamento destinatam, ducat uxorem, vel eam filio suo iungat: *quo facto uterque infamatur*, et pro dignitate pupillae extra ordinem coercetur. Nec interest, filius sui iuris, an in patris potestate sit. Diese Verordnung gründet sich auf ein *Senatusconsultum* ad orationem D. MARCI et ANTONINI conditum, wie aus der L. 59. und der Inscription der *L. 60. D. eod.* erhellet. Wenn es in der angeführten Stelle heißt: *intra vicesimum et sextum annum*, so bezieht sich dieses darauf, daß nach dem ältern röm. Rechte die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand intra annum utilem gesucht werden mußte, dieser Zeitraum aber erst mit dem eingetretenen sechs und zwanzigsten Jahre zu laufen anfieng. Man sieht dieses noch deutlicher aus der *L. 6. C. de interdicto matrim. int. pup. et tutor.* Weil jedoch Justinian in der *L. ult. C. de tempor. in int. restitut.* jenen annum utilem in ein quadriennium continuum verwandelt hat, so durfte nun nach diesem neuern Rechte der Vormund seine Pupillin nicht vor ihrem 29. Jahre heyrathen, wenn er auch gleich schon Rechnung abgelegt hatte. Man sehe *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diff. XLV. §. 24. (*Operum* Tom. III. p. 392.) Endlich bemerke ich noch, daß die Worte: *quo facto uterque infamatur*, nicht auf den Tutor und seinen Sohn, sondern vielmehr auf den Tutor und Curator gehen, von welchen vorher die Rede war. Den Sohn, welcher aus Gehorsam gegen seinen Vater eine gesetzlich verbotene Ehe schließt, ent-

te darum für ehrlos gehalten, weil man glaubte, daß sie die Ehe mit ihrer Pflegbefohlnen aus keiner andern Absicht eingegangen hätten, als um die Ablegung der Rechnung zu vermeiden, und ihre begangene Untreue dadurch zu decken[86]). Einen weitern Beweis hiervon hielt man nicht für nöthig. Die bloße Eingehung einer solchen Ehe schien schon allein den römischen Gesetzgebern hinreichend zu seyn, um den Vormund für geständig und überwiesen zu halten[87]). Auf diese

entschuldigt Ulpian selbst in einem ähnlichen Falle *L.* 11. §. *ult. D. de his, qui not. infam.* und führt den ganz allgemeinen Grund an: nam et qui obtemperavit, venia dignus est, et qui passus est ducere, notari debet ignominia. Auch die Kr. Diocletian und Maximian erklären in der *L.* 7. *C. de interdicto matrim. inter pup. et tut. seu curat.* blos den Vormund für ehrlos, aus einem Grunde, der auf den Sohn desselben nicht anwendbar ist. Mit mir stimmt überein *Ant.* FABER in Iurisprudentia Papinian. (*Lugd.* 1607. Tit IX. Princip. I. Illat. 11. pag. 348. seqq. Uebrigens ist hier noch überhaupt anzuführen *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN Progr. ad Orationem D. MARCI de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. *Lipsiae* 1783.

86) *L.* 67. § 3. *D de ritu nuptiar.* — Quasi propter hoc interponatur, *ut ratio tutelae reddendae cohibeatur:* quam causam prohibitionis nuptiarum contrahendarum oratio *Divi* MARCI continet. Noch andere Gründe führen WESTENBERG c. l. §. 17. und PÜTTMANN c. l. an.

87) *L.* 7. *C. de interdicto matrim. inter pup. et tutor.* Si tutor, vel curator pupillam, vel adultam quondam suam sibi, vel filio suo, nullo divino impetrato beneficio, in matrimonio collocaverit: manet infamia contra eum, *veluti* CONFESSUM DE TUTELA: *quia huiusmodi coniunctione fraudem administrationis tegere laboravit.* Man vergleiche über dieses Gesetz vorzüglich *G. L.* BOEHMERI Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum. §. 9.

diese Infamie nimmt man jedoch, nach der Meinung der bewährtesten Rechtsgelehrten [88]), heutiges Tages keine Rücksicht mehr. Denn da bey uns die Vormünder einer viel strengern obrigkeitlichen Aufsicht unterworfen sind, als bey den Römern, selbige auch alle Jahr Rechnung ablegen müssen, und dazu von obrigkeitlichen Amtswegen angehalten werden können; so fällt freylich der Grund jenes Verdachts heut zu Tage weg, welchen die röm. Gesetzgeber gegen die Ehe des Vormundes mit der Pflegbefohlnen vor abgelegter Rechnung hegten. Hierzu kommt, daß ein Vormund nach dem heutigen Rechte nicht einmal in iudicio tutelae durch richterliches Urtheil ehrlos wird, wenn er nicht namentlich wegen eines überwiesenen Betrugs verurtheilt worden ist. Um so weniger kann man ihn also wegen eines in den Gesetzen nur fingirten Geständnisses für ehrlos halten [89]).

4) Diejenigen, welche mit mehreren zugleich eine Ehe, oder auch nur ein Eheverlöbniß eingehen. Auch diese sind nach dem Edict des Prätors ipso

88) STRYK Us. Mod. Pandect. Tit. de ritu nupt. §. 10. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 14. in fin. a PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 94 §. 8. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 210. Reg. 7 n. 322 und Observ. 211. v. *Tutor.* pag 370. *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Diss. §. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 321. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 126. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. Band. §. 307. S. 75. folg.

89) Man sehe hier vorzüglich BOEHMER cit. Diss. §. 9.

ipso facto ehrlos [90]). Allein in Teutschland findet auch deswegen keine Infamie weiter statt [91]); sondern es ist in Ansehung der Bigamie nach dem in der Praxis schon oben angeführtermassen (§. 377.) angenommenen Grundsatze, lediglich darauf zu sehen, ob die deßhalb zu erkennende Strafe an sich infamirt; und wegen des criminis binorum sponsaliorum hat schon das canonische Recht die Strafe der Infamie abgeschafft [92]); daher man deßhalb heutiges Tages nur auf eine willkührliche Strafe, die gewöhnlich in einer mäßigen Geldbusse oder in Gefängniß besteht, zu erkennen pflegt [93]). Nicht minder werden

5) Wittwen, welche während des Trauerjahrs ohne erhaltene Dispensation sich wieder verheyrathen, so wie auch diejenigen, welche wissentlich und freywillig die Ehe mit ihnen schliessen, nach den röm. Rechten ehrlos [94]). Man nahm hier

90) *L.* 1. *D. h. t.* Merkwürdig ist, was Ulpian *L.* 13. §. 4. *D. eod.* sagt: Cum *factum* notetur, etiamsi cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat, quam uxorem ducere vel non potest, vel fas non est: erit notatus.

91) S. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 211. v. *Bigamus.* Ebenderselbe in Epitome sacri iuris Cap. LIII. §. 44. und Schott in der Einleitung in das Eherecht §. 152. Not.*** S. 315.

92) *Cap.* 1. *et* 31. *X. de Sponsal.*

93) S. Quistorps Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 472. Not.** S. 714.

94) In der *L.* 1 *D. h. t.* wo die Worte des Edicts angeführt werden, ist zwar eigentlich nur von dem Vater die Rede, welcher seine verwittwete Tochter, die noch in seiner väterlichen Gewalt ist, vor Ablauf der gesetzlichen Trauerzeit schon wieder verheyrathet, deßgleichen von demjenigen, welcher, frey von

hier immer den Fall als möglich an, daß die Wittwe sich von ihrem verstorbenen Mann schwanger befinden könnte,

 und

von der väterlichen Gewalt, mit einer solchen Wittwe, die noch ihren Mann betrauert, wissentlich eine Ehe schließt. Hingegen von der Infamie der Wittwe selbst, welche während der Trauerzeit zur zweyten Ehe schreitet, wird hier ausdrücklich nichts erwähnt. Allein Tribonian ließ vermuthlich die hierher gehörigen Worte des Edicts darum weg, weil er glaubte, dieß sey ohnehin bekannt, und verstehe sich aus dem Zusammenhange von selbst. Denn daß der Prätor auch die Wittwe in seinem Edict mit der Ehrlosigkeit belegt habe, erhellet aus der *L. 11. §. 3. D. h. t. L. 15. C. Ex quib. cauf. infam. irrog. L. 1. et 2. C. de fec. nupt.* und *Nov. XXII. cap. 22.* Wenn übrigens *Io. Conr.* RÜCKER Observation. Cap. I. in der *L. 1. h. t.* nach den Worten: cum eum mortuum esse sciret, das Comma weggestrichen, und die folgenden Worte: intra id tempus, quo elugere virum moris est, ohne Unterscheidungszeichen mit jenen verbunden wissen will, weil sonst nicht nur die nachfolgenden Worte: antequam virum elugeret, eine unnütze Tautologie enthielten, sondern auch die offenbare Ungereimtheit daraus entstehen würde, als ob der Vater alsdann straflos sey, wenn er seine Tochter, ohne zu wissen, daß ihr Mann tod sey, schon wieder an einen andern verheyrathet hätte; so hat schon *Ioſ. Lud. Ern.* BÜTTMANN in Interpretat. et Obſervat. iur. Rom. Cap. 35. §. 2. dagegen erinnert, daß dergleichen Tautologien in den Gesetzen der Pandecten nicht ungewöhnlich sind, und jene vorgegebene Ungereimtheit wegfalle, wenn man, wie auch *Scip.* GENTILIS de secundis nuptiis Cap. 18. pag. 138. diesen Fall annimmt, bedenkt, daß der Vater aus wahrscheinlichen Gründen kann geglaubt haben, sein Schwiegersohn sey tod, zumal da nach den Gesetzen der Pandecten eine Ehe auch morte civili, nämlich durch Gefangenschaft oder Deportation aufgehoben wurde. *L. 1. D. de divort. L. 56. D. ſol. matrim.* Ein solcher verzeih-

und besorgte daher aus der zu frühen Ehe, wie **Ulpian**[95]) sagt, *turbationem sanguinis*, oder, wie **Justinian**,[96]), sich ausdrückt, *generationis aut feminis incertitudinem.* Daß die Verhütung einer solchen Ungewißheit in Ansehung der Geburt, die daraus entsteht, wenn die Wittwe sich gleich wieder nach ihres Mannes Tode verheyrathet, wo es alsdann immer zweifelhaft bleibt, ob das Kind, was sie in der zweyten

zeihlicher Irrthum, in welchem sich der Vater in Ansehung des Todes seines Schwiegersohns befinden konnte, schloß also billig jene Strafe der Ehrlosigkeit aus; und mit Recht sagt in dieser Rücksicht der Prätor, daß der Vater nur dann infam seyn solle, wenn er gewiß gewußt, daß sein Schwiegersohn todt sey, und er dennoch, ehe die gesetzliche Trauerzeit verflossen gewesen, seine verwittwete Tochter während derselben schon wieder einem andern zur Ehe gegeben hätte. Es ist daher auch nicht gerade nothwendig, in der *L.* 8. *D. h. t.* wo es heißt: *genero mortuo*, merito adiecit Praetor, *cum eum mortuum esse sciret*, ne ignorantia puniatur; mit RÜCKER c. l. nach den Worten: cum eum mortuum esse sciret, annoch beyzufügen, *intra id tempus, quo elugere virum moris est*; und diese Unwissenheit, die hier dem Vater zur Entschuldigung gereichen soll, mit *Franc. de* AMAYA Observation. iuris Lib. I. cap. 2. blos von einer Unwissenheit in Ansehung der Zeit des Todes seines Schwiegersohns zu verstehen, als ob nämlich der Vater nur dann Entschuldigung verdiene, wenn er aus einem verzeihlichen Irrthume geglaubt habe, daß die Trauerzeit bereits verflossen gewesen, als er seine Tochter wieder verheyrathete. Indessen hat doch *Io. Bern.* KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 44 seqq den RÜCKER wider Püttmann zu vertheidigen gesucht.

95) *L.* 11. §. 1. *D. h. t.*

96) *L.* 53. §. *ult. Cod. de Episcop. et Cler.*

ten Ehe gebiert, von dem erstern oder von dem zweyten Ehemanne sey, für den ursprünglichen und also unstreitig für den Hauptgrund jener römischen Verordnung zu halten sey[97]), kann wohl mit Grunde nicht geleugnet werden, wenn man erwägt, 1) daß die Wittwe anfänglich nur zehen Monate ihren Mann betrauert habe, ohngeachtet das römische Calenderjahr schon seit Numa Pompilius aus zwölf Monaten bestand; denn schon von den ältesten Zeiten an, ja, wie Gellius[98]) lehrt, schon in den zwölf Tafelgesetzen, war zum Grundsatz angenommen, daß die vollkommene Geburt eines Menschen längstens mit dem zehnten Monate eintrete[99]); 2) daß eine Wittwe die gesetzlich bestimmte Trauer-

97) Man sehe hierüber besonders nach *Em.* MERILLII Observation. Lib. V. cap. 30. *Corn. van* BYNCKERSHOECK Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 12. *Greg.* MAJANSII Diss. de viduarum luctu §. 18. (in EIUS *Disputat. iuris civ.* Tom. II. Disputat. XLVII. pag. 178. seqq.) *Io. Bern.* KOEHLER Interpretat. et Emendat. iuris Rom Lib. II cap. 8. pag. 46. seqq. und *Io. Ern. Bern.* EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. Not. h. T. I. pag. 291.

98) *Noct. Attic.* Lib. III. cap. 16. — Quoniam Decemviri in decem mensibus gigni hominem scripsissent.

99) Hierauf zielt auch OVIDIUS Lib. I. *Fastorum*, wenn er sagt:

Tempora digereret cum conditor Urbis, in *Anno*
Constituit *menses quinque bis* esse suo.
Scilicet arma magis, quam sidera, *Romule*, noras
Curaque finitimos vincere maior erat.
Est tamen et *ratio*, Caesar, quae moverit illum,
Erroremque suum, quo tueatur, habet.
Quod satis est, utero matris dum prodeat infans;
Hoc anno statuit, temporis esse satis.

zeit dennoch halten mußte, wenn gleich ihr Mann, eines begangenen Verbrechens wegen, ein solcher war, quem more majorum lugeri non oportet[100]); und daß es 3) ihr nur dann erlaubt war, noch vor Ablauf der Trauerzeit sich wieder zu verheyrathen, wenn sie während derselben bald nach ihres Mannes Tode niedergekommen, und folglich nun keine confusio sanguinis weiter zu befürchten war [1]). In der Folge trat indessen noch ein anderer Grund hinzu, wodurch die Gesetzgeber die Strenge jener Strafe zu rechtfertigen suchten, welche eine während der Trauerzeit eingegangene Ehe zur unmittelbaren Folge hatte. Man sahe nämlich eine solche frühzeitige Ehe zugleich als eine Verletzung des öffentlichen Wohlstandes und der Ehrerbietung an, welche eine Wittwe dem verstorbenen Manne noch schuldig ist [2]). In dieser Rücksicht verwandelte daher auch Kr. Theodosius der große die zehenmonatliche Trauerzeit der

Per totidem menses a funere coniugis uxor
Sustinet in vidua tristia signa domo.
Hoc igitur vidit trabeati cura Quirini,
Cum rudibus populis annua iura daret.

100) *L.* 11. §. 1. *et* 3. *D. h. t.*

1) *L.* 11. §. 2. *D. eod.*

2) CUJACIUS Observation. Lib. VI. cap. 32. *Franc. de* AMAYA Observat. Lib. I. cap. 2. n. 13. *Scip.* GENTILIS de secundis nuptiis cap. 18. pag. 125. seqq. *Ant.* SCHULTING ad Πρῶτα Pandect. h. t. §. 4. *Ger.* NOODT ad Digesta h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 80.) *Io.* KIRCHMANN de funeribus Romanor. Lib. IV. cap. 10. pag. 413. seq. *Io. Conr.* RÜCKER Observation. cap. 1. *Greg.* MAJANSIUS cit. Disputat. iuris civ. Tom. II. Disp. XLVII. §. 18. in fin. und besonders PÜTTMANN Interpretat. et Observation. iuris Rom. Cap. 33. pag. 166.

der Wittwen in eine zwölfmonatliche [3]), und sagt ausdrücklich, daß eine Wittwe, welche das Trauerjahr nicht gehalten, schon darum allein die Infamie verdiene, *quod religionem priori viro nuptiarum festinatione haud praestiterit*, sie möge sich von ihm schwanger befinden, oder nicht [4]); womit auch Justinian übereinstimmt, wenn er von einer solchen Wittwe, die vor Ablauf des Trauerjahrs zur andern Ehe schreitet, sagt, *eam negligere mariti memoriam*, und verdiene schon *propter solam honestatem* die gesetzliche Strafe [5]). Dahingegen war es einer Wittwe nicht verboten, während des Trauerjahrs ein gültiges Eheverlöbniß zu schließen [6]). Ja es hielt auch nicht schwer, vom Kaiser eine Dispensation zu erhalten, um selbst zur andern Ehe schreiten zu dürfen, nur mußte bey der Wittwe keine Schwangerschaft zu vermuthen seyn [7]). Da übrigens keiner der angeführten Grün-

3) *L.* 2. *Cod de sec. nupt.* Es ist also ein Irrthum, wenn *Scip.* GENTILIS de secundis nuptiis Cap. 18. p. 124. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 111. Not. 3. u. a. m. dem Kr. Justinian die Verwandelung der zehenmonatlichen Trauerzeit in ein ganzes Trauerjahr zuschreiben wollen. S. *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. I. cap. 20.

4) *L.* 1. *Cod. de sec. nupt. L.* 4. *Cod. ad Sctum Tertull.*

5) *Nov. XXII. Cap.* 40.

6) *L.* 10. §. 1. *D. h. t.* Quae virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse, non nocet. Man sehe auch PÜTTMANN Adversarior. iuris univ. Lib. I. Cap. 10.

7) *L.* 10. *pr. D. h. t.* Solet a Principe impetrari, ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat. Daß jedoch die röm. Kaiser zuweilen auch einer schwangern Wittwe eine solche Dispensation ertheilt haben, beweisen die Beyspiele, welche GENTILIS de secund. nuptiis Cap. 18. pag. 141. angeführt hat.

Zuwei-

de auf den Wittwer paßt, so war es diesem nach römischen Rechten erlaubt, gleich nach der Frauen Tode sich wieder zu verheyrathen, ohne eine Trauerzeit abwarten zu dürfen [8]). Das canonische Recht hat jedoch der Wittwe nicht nur die Strafe der Ehrlosigkeit erlassen, sondern auch sogar das Trauerjahr selbst aufgehoben [9]). Ob nun gleich nicht zu leugnen

Zuweilen pflegte zwar auch der Senat den Wittwen aus besondern Ursachen zu erlauben, die Trauerkleider abzulegen, allein diese Erlaubniß gab den Wittwen noch kein Recht, zur zweyten Ehe zu schreiten, wie aus der *L.* 15. *C. Ex quib. cauſ. infam. irr.* erhellet. S. *Greg.* MAJANSIUS cit. Diſſ. §. 19. et. 20 (*Diſſertat. iur. civ.* T. II. pag. 123. ſeq) und POTHIER in Pandect. Iuſtinian. T. I. h. t. Nr. XIX. Not. 1.

8) *L.* 9. *D. h. t. Nov. XXII. cap.* 22. Hierher gehört auch SENECA *Epiſt.* 63. wo er sagt: Annum (sc. *Romuleum*) feminis ad lugendum conſtituêre maiores: *viris nullum legitimum tempus eſt, quia nullum honeſtum.*

9) *Can.* 7. *Cauſ. II. Quaeſt.* 3. Non fiunt infames lege canonum omnes, quos leges ſeculi infames pronunciant, —— quod etiam de ea fateri cogimur, *quae intra annum luctus nubit:* cum matrimonia hodie regantur iure poli, non iure fori: et *iure poli, mortuo viro, ſoluta eſt a lege viri*, ut nubat, cui vult. *Cap.* 4. *X. de ſecund. nupt.* Super illa quaeſtione, qua quaeſitum eſt, an mulier poſſit ſine infamia nubere intra annum luctus, reſpondemus, quod cum Apoſtolus dicat: *mulier, viro ſuo mortuo, ſoluta eſt a lege viri ſui, et in Domino nubat, cui voluerit;* per licentiam et auctoritatem Apoſtoli *eius infamia abolebitur.* — *Cap.* 5. *X. eod* Cum ſecundum Apoſtolum mulier, mortuo viro ſuo, ab eius ſit lege ſoluta, et nubendi, cui vult, tantum in Domino, liberam habeat facultatem, *non debet legalis infamiae ſuſtinere iacturam*, quae licet poſt viri obitum intra tempus luctus, ſcilicet unius anni ſpatium, nubat, conceſſa ſibi tamen ab Apoſtolo utitur poteſtate, cum in his praeſertim ſeculares leges non dedigneutur ſacros canones imitari.

leugnen ist, daß diese päbstliche Verordnung auf keinem überzeugenden Grunde beruhet, indem der Apostel Paulus [10]), auf den sich der Pabst beruft, wohl nicht die Absicht gehabt hat, jenem gesetzlichen Verbote geradezu zu widersprechen [11]); so kommt es nun doch, nachdem wir das canonische Recht in Teutschland einmal aufgenommen haben, wie auch schon Struben [12]) bemerkt hat, nicht mehr darauf an, ob die heilige Schrift von den Päbsten recht verstanden worden, mithin ihre Verordnung auf gute Gründe gebauet ist; sondern es ist nur bloß darauf zu sehen, was sie haben verordnen wollen; und da ist es denn wohl keinem weitern Zweifel unterworfen, daß sie den Wittwen ausdrücklich erlauben, während des Trauerjahrs zur andern Ehe zu schreiten, und daher das römische Eheverbot aufgehoben haben [13]). Der Auctorität des päbstlichen Rechts ist es dem-

10) I. Corinth. *VII. v.* 39. Römer *VII. v.* 3.

11) Denn in den angeführten beyden Stellen widerlegt der Apostel eigentlich blos den Irrwahn seiner Zeitgenossen, welche die zweyte Ehe für schlechterdings verboten hielten. S. GENTILIS de secund. nupt. Cap. 18. pag. 142. und KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 57.

12) Rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 16. S. 92.

13) Der seel. Hofrath Schott in der Einleitung in das Eherecht §. 106. behauptet zwar, das canonische Recht habe nur, statt der in dem Röm. Rechte verordneten Strafe der Ehrlosigkeit, die Kirchenbuße eingeführt, übrigens aber das Verbot beybehalten. Eben so Hr. Prof. Dabelow in den Grundsätzen des allgem. Eherechts §. 292. Allein die in der Not. 9. angeführten Stellen des canonischen Rechts enthalten von einer vermeintlichen Kirchenbuße nichts. Es wäre auch ein offenbarer Widerspruch, eine solche Strafe zu verordnen, und doch

nach unstreitig zuzuschreiben, daß heut zu Tage jene Strafe der Ehrlosigkeit weder bey den Catholiken noch Protestanten mehr im Gebrauche ist, und daß auch in den meisten Orten Teutschlandes von den Wittwen kein Trauerjahr mehr gehalten wird, sondern selbige entweder nach ihrer Entbindung sogleich wieder zur zweiten Ehe schreiten können, oder doch allenfalls zur Vermeidung aller Ungewißheit in Ansehung der Generation, nur längstens eine Zeit von neun Monaten abwarten dürfen [14]). Denn insofern bey der Wittwe noch Schwangerschaft zu vermuthen ist, kann ihr auch heutiges Tages die anderweite Verheyrathung sogleich nach des Mannes Tode um so weniger gestattet werden, je mehr nicht nur eine solche Ehe an sich der natürlichen Pflicht der Ehrbarkeit und des Wohlstandes zuwider seyn, sondern auch die daraus entstehende incertitudo sobolis wegen der Erbfolge nachtheilige Folgen für den Staat haben würde. Daher sind darin sowohl katholische als protestantische Rechtsgelehrten einig, daß in diesem Falle die Dispositon des canonischen Rechts unanwendbar sey [15]), und es haben in dieser

zu sagen, daß eine Wittwe nach dem Tode ihres Mannes a lege viri sui völlig frey sey, und daher sogar nach der heiligen Schrift die Erlaubniß habe, während des Trauerjahrs sich wieder zu verheyrathen. Mit mir stimmen überein *Zeg. Bern. van* ESPEN in Iure Eccles. univ. P. II. Sect. I Tit. 15. Cap. 3. §. 10. 11. et 12. *Paul. Iof. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. T IV. §. 236. und besonders *I. L. E.* PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 17.

14) VOET in Comm. ad Pandect. T. II. Tit. de Ritu nupt. §. 98. und *de* SELCHOW Select. capita doctrinae de imfamia. Sect. II. §. 7.

15) Man vergleiche besonders *Car. Sebast.* BERARDI Commentar. in ius ecclesiast. univers. (*Venetiis 1778. 4.*) Tom. III. Diss.

ser Rücksicht die meisten teutschen Landesgesetze eine gewisse Zeit, welche bald in mehreren bald in wenigern Monaten, nicht leicht aber in einem ganzen Jahre besteht [16]), der Wittwe vorgeschrieben, die sie beobachten muß, ehe sie zur zweyten Ehe schreiten darf, wofern sie nicht eine willkührliche, entweder Geld- oder Gefängnißstrafe [17]) befürchten will. Da nun also die Strafe der Ehrlosigkeit in Ansehung der Wittwen heut zu Tage aufgehoben ist, so kann sie auch wohl der Analogie nach in Ansehung desjenigen nicht mehr statt finden, der eine Wittwe vor Ablauf der Trauerzeit wissentlich geheyrathet hat, wenn gleich das canonische Recht hiervon ausdrücklich nichts erwähnt.

Ausser denen, welche der Prätor in seinem Edict unmittelbar mit der Ehrlosigkeit belegt hat, sind noch folgende nach den römischen Civilgesetzen infam:

6) die

Diss. IV. Cap. 7. pag. 141. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3. und KOEHLER cit. Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 54.

16) Nach dem allgemeinen Gesetzbuch für die Preussischen Staaten II. Th. Tit. I. §. 19. u. 20. sollen Wittwen, welche sich aus der vorigen Ehe geständlich oder notorisch schwanger befinden, nicht vor ihrer Entbindung, ausser diesem Falle aber nicht eher, als nach neun Monaten, von Zeit der Trennung der vorigen Ehe angerechnet, sich wieder verheyrathen dürfen. Ein Wittwer soll zwar auch, der Wohlanständigkeit wegen, eine Trauerzeit halten, sie besteht aber, nach §. 24. des angef. Titels, nur in einem Verlauf von sechs Wochen.

17) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 12. und Höpfner im Commentar §. 111.

6) die im Ehebruche betroffen worden sind[18]), welche jedoch heutiges Tages nur in sofern ehrlos werden, als sie deßhalb zu einer infamirenden Strafe sind verurtheilt worden[19]).

7) Die einen unerlaubten Zinswucher öffentlich getrieben haben[20]). Allein daß auch die deßhalb in dem römischen Rechte verordnete Ehrlosigkeit heut zu Tage nicht mehr in Anwendung komme, ist, nach dem Gerichtsbrauche, keinem Zweifel unterworfen[21]).

8) Die einen beschwornen Vergleich vorsätzlich gebrochen haben[22]). Hiervon ist schon an einem andern Orte (S. 73.) umständlicher gehandelt worden.

9) Richter, welche sich bestechen lassen, oder sonst aus vorsätzlicher Partheylichkeit offenbar unge-

18) *L.* 43. §. *penult. D. de ritu nupt.* Das Gesetz redet zwar nur von einer femina in adulterio deprehensa; daß aber das nämliche auch vom adultero gelte, zeigt LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 14.

19) *G. L.* BOEHMER Diss. de querela inoff. donationes fratrum. §. 8.

20) *L.* 20. *Cod. Ex quib. caus. infam. irrog.* S. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XVIII. Cap. 7. WISSENBACH Commentar. in Cod. Lib. II. Tit. XII. §. ult. und FROMMANN Diss. de anatocismo Th. 38. et 39.

21) *de* BOEHMER Observat. select. ad *Carpzovium* Quaest. XCII. Obs. 4. und von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 2. Stück Nr. IX. S. 164. (oder Nr. XVIII. der neuen Ausgabe.)

22) *L.* 41. *Cod. de Transact.*

ungerecht verfahren [23]). Wegen der Bestrafung solcher Richter finden jedoch h. z. T. auch andere Grundsätze statt [24]). Endlich

5) erklären noch unsere teutsche Reichsgesetze Notarien und Richter für infam, welche eine von einem Juden an einen Christen geschehene Schuldcession aufsetzen, oder bestätigen [25]). Allein der heutige Gerichtsbrauch folgt auch hierin der gesetzlichen Strenge nicht [26]).

§. 380.

Fälle einer mittelbaren Infamie.

Eine mittelbare Infamie erfordert nun hingegen zu ihrer vollkommenen Wirkung ein richterliches Urtheil, und erwächst nach dem römischen Rechte

1) aus öffentlichen mit Vorsatz begangenen Verbrechen [27]). Es ist jedoch zu bemerken, daß nicht alle Verbrechen, worauf eine öffentliche Strafe gesetzt war,

23) *L.* 2. *Cod. de poena iud. male iudic.*

24) von Quistorp Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 424.

25) Reichsabsch. vom Jahr 1551. §. 80. „Zudem wollen und gebieten wir, daß keine Obrigkeiten oder Notarien, diese Contracte, da ein Jude eines Christen Schuld, einem andern Christen verkauft, stellen und verfertigen soll. Wo aber einige Obrigkeit oder Notarii solches übertreten, dieselben sollen ihrer Ehre und Aemter entsetzt seyn."

26) Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. Band §. 307. Nr. 6. S. 76.

27) *L.* 7. *D. de publicis iudic.*

war, bey den Römern infamirten, sondern nun die *delicta publica* im eigentlichen Verstande, welche man auch *delicta publica ordinaria* zu nennen pflegt, bey denen nämlich ein Comitialgesetz, wie z. B. Lex Cornelia de sicariis, Lex Pompeia de parricidiis, Lex Iulia maiestatis, Lex Iulia de adulteriis, u. d. vorhanden war, welches die öffentliche Strafe bestimmte [28]). Zu den Verbrechen dieser Art gehörte unstreitig auch das Stuprum, weil dessen Strafe in der Lege Iulia de adulteriis bestimmt war [29]). Ob aber solches noch heut zu Tage die Ehrlosigkeit zur Folge habe, ist unter den practischen Rechtsgelehrten streitig. Verschiedene wollen behaupten, daß wegen der allgemeinen Aufnahme des römischen Rechts aus einem begangenen Stuprum auch noch heutiges Tages die Infamie mit allen ihren rechtlichen Folgen erwachsen müsse [30]). Allein der Gerichtsbrauch stimmt damit nicht überein [31]). Denn da heuti-

28) *L. 1. D. de public. iud.* wo Macer sagt: Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, publica sunt, sed ea tantum, *quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt.* Man sehe auch *G. Lud.* BOEHMERI Comment. de abigeatu et furto equorum. Cap. I. §. 3. seqq.

29) §. 4. *I. de public. iud.* L. 25. *Cod. ad Leg. Iul. de adulter.* S. *Io. Guil.* HOFFMANNI ad Legem Iuliam de adulteriis coercendis lib. sing. Cap. IV. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 15. nr. 1.

30) LAUTERBACH h. t. §. 15. CARPZOV Lib. VI. Resp. C. n. 9. seqq. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. LII. med. 2. et Specim. DLXXXII. Med. 5. et 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. P. I. §. 322. Not. a.

31) REINHARTH Observat. select. ad *Christinaeum* Vol. I. Obs. 8. a PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 18. HOMMEL

heutiges Tages das Stuprum nur mit einer Geldbusse oder einem mässigen Gefängnis bestraft zu werden pflegt, so ergiebt sich schon daraus von selbst, daß wenigstens der Regel nach die Vorschriften des römischen Rechts von den delictis publicis, und der daraus entspringenden Infamie in den teutschen Gerichten bey einem Stuprum wegfallen müssen [32]). Man kann es daher nach der Meinung der bewährtesten Rechtslehrer für einen allgemeinen Grundsatz annehmen, daß ein begangenes Stuprum die Ehrlosigkeit der Regel nach nicht weiter zur Begleiterin habe [33]), es wäre denn, daß entweder wegen der eintretenden gravirenden Umstände eine eigentliche peinliche Strafe, die schon an sich den Verlust der Ehre zur Folge hätte, zu erkennen wäre [34]), oder daß von einer eigentlichen Hurerey, worin jemand öffentlich lebt, die Rede seyn sollte, welche wenigstens so lange, als eine solche schändliche Lebensart fortgesetzt wird, eine infamiam facti nach sich zieht [35]). Von jenen

MEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs 211. v. *Meretrix.* pag. 359. Vol. II. Obs. 359. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1137. von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XVIII. S. 296. u. folg.

32) v. Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 478. und MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 173.

33) KRESS Commentar. ad Art. CX. Const. Crim. Car. §. 1. Not. 3. *ad* BOEHMER ad *Carpzovium* Qu. LXIX. Obs. 1. et in Meditat. ad Const. Crim. Car. Art. CXX. §. 22. BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. II. Th. 13. Not. 4. *Ge. Iac. Frid.* MEISTER Princip. iur. crim. §. 266. und Kleins Grundsätze des peinl. Rechts §. 371. Not. a.

34) v. Quistorp Grds. des teutsch. peinl. Rechts §. 477.

35) KRESS c. l. Quistorp in den angef. Beyträgen.

jenen delictis publicis ordinariis waren die *extraordinaria* unterschieden. Darunter verstand man solche Verbrechen, welche zwar mit einer öffentlichen Strafe belegt wurden, die aber doch kein Comitialgesetz, sondern ein Senatusconsultum oder eine kaiserliche Verordnung bestimmt hatte [36]). Von diesen infamiren nur einige, bey denen nämlich die Strafe der Ehrlosigkeit ausdrücklich verordnet worden ist [37]). Dahin gehören das crimen praevaricationis [38]), crimen expilatae hereditatis [39]), und sepulchri violati [40]). Ob auch das crimen stellionatus infamirt, ist zweifelhaft. Man versteht unter diesem Verbrechen überhaupt eine solche Fälschung, deren in der Lege Cornelia de falsis nicht gedacht worden ist, insbesondere aber eine Betrügerey bey Contracten [41]). Nun sagt **Ulpian** an einem Orte [42]): crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est iudicium; an einem andern Orte [43]) hingegen läugnet er dieses ausdrücklich, wenn er sagt: Stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercitionem extraordinariam habet. Um diesen

36) S. BOEHMER cit. Comm. §. 4. seqq.

37) *Ant.* SCHULTING h. t. §. 7.

38) *L.* 3. §. 2. *L.* 4. *D. de praevaricat.*

39) *L.* 12. *C. Ex quib. cauf. infam. irrog.*

40) *L.* 1. *D. de sepul. viol.*

41) SEGER Diss. de crimine stellionatus. *Lipf. 1770.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VIII. Specim. DLVII. p. 416. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts 1. Th. §. 405.

42) *L.* 13. §. *ult. D. h. t.*

43) *L.* 2. *D. de Stellionatu.*

sen Widerspruch zu heben, wollen einige[44]) das *non* in der letztern Stelle ausstreichen; andere[45]) diese Particul für non solum, so wie das darauf folgende *sed* für sed etiam nehmen; noch andere[46]) hingegen die Stelle per' ὀπιχώρησιν so verstehen, als ob Ulpian sagen wolle, gesetzt, der Stellionat mache auch nicht ehrlos, so ziehe er doch immer eine ausserordentliche Strafe nach sich. Allein die meisten Rechtsgelehrten[47]), denen auch unser Verf. beystimmt, suchen beyde Stellen auf die Art zu vereinigen, daß sie sagen, der Stellionat infamire zwar an sich nicht, könne aber doch die Ehrlosigkeit alsdann zur Folge haben, wenn solcher mit einem infamirenden Verbrechen, oder mit einer actione famosa concurrire[48]). Wenn also z. B. jemand einen solchen Stellionat begangen hätte, weshalb die actio doli statt findet, so kann auf die Infamie erkannt werden, weil die actio

44) *Ant.* FABER Rational. in Pandect. ad L. 13. §. ult. D. h. t. und Conjectur. iur. civ. Lib. IV. c. 2.

45) *Marc.* LYKLAMA Membran. Lib. I. Ecclog. X. §. 3.

46) *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disputat. XI. §. 23.

47) CUJACIUS Observat. Lib. X. cap. 26. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. *Franc.* DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 42. *Ger.* NOODT Commentar ad Pandect. h. t. (*Oper.* T. II. pag. 77.) Ebenderselbe de forma emendandi doli mali Cap. 12. *Ant.* SCHULTING ad Πρῶτα Pandectar. h. t. §. 7. WESTENBERG in Digest. h. t. §. 45. POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. XII. Not. q. u. a. m.

48) *Ger.* NOODT c. l. versteht daher die Worte: infamiam irrogat in der *L. 13. §. ult. D. h. t.* so, infamiam irrogare potest. Man sehe auch *Iul* PACII Legum conciliatar. Centur. II. Qu. 27.

actio doli diese Folge hat. Hätte hingegen der Schuldner seinem Gläubiger eine fremde Sache wissentlich zum Pfande gegeben, so infamirt dieser Stellionat nicht, weil dem Gläubiger deshalb die actio pignoratitia contraria zusteht. Eine mittelbare Infamie entsteht nach römischen Rechten ferner

2) aus einigen Privatverbrechen, nämlich aus dem Diebstahl, dem Raube und der Injurie[49]). Ob heutiges Tages jeder Diebstahl infamire, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige behaupten, daß sich die Infamie wenigstens auf einen kleinen Diebstahl, weshalb keine eigentliche peinliche Strafe statt findet, nicht anwenden lasse[50]). Die meisten Rechtsgelehrten hingegen glauben, daß der Regel nach auch noch heut zu Tage aus einem jeden begangenen Diebstahl eine Infamie erwachse[51]); man pflegt jedoch zur Vermeidung derselben bey einem kleinen Diebstahl die Strafe verhältnißmäßig zu schärfen, und dabey dem Angeschuldigten seine Ehre vorzubehalten[52]). In Ansehung der Injurien schränkt man heutiges Tages die Infamie auch nur auf die allergröbsten ein, weßhalb der Inju-

49) *L.* 1. *L.* 4. §. 5. *D. h. t. L.* 63. *D. de furt. L.* 7. *D. de public. iudic. L.* 8. *C. Ex quib. cauf. infam. irrog.*

50) KRESS in Commentar ad Art. 162. C. C. C. §. 1. Not. 4. BYNCKERSHOECK Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 3.

51) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. LII. med 4. et Vol. VIII. Specim. DXXXVII. med. 7. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 22. u. a. m.

52) von Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts 1. Th. §. 360. S. 545. H. FACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. I. § 324. in fin. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. B. §. 303. S. 68.

Injuriant zugleich peinlich gestraft wird [53]). Man behauptet daher nicht ohne Grund, daß nicht einmal der Wiederruf an sich ehrlos mache, sofern er nicht durch gewisse entehrende Umstände geschärft wird [54]): ob man gleich zum Ueberfluß dem Injurianten insgemein die Ehre vorzubehalten pflegt [55]). Endlich zieht auch

3) die Treulosigkeit in gewissen Contracten, nämlich in dem Societäts-, Hinterlegungs- und Bevollmächtigungs-Contracte, so wie nicht minder die Pflichtvergessenheit des Vormundes die Ehrlosigkeit nach sich [56]). Einige behaupten zwar, daß in jenen Contracten auch schon eine bloße Nachlässigkeit infamire [57]); allein in der Praxis ist diese Meinung wenigstens nicht angenommen [58]), diese erfordert, daß er

 dem

53) Westphals Criminalrecht. 85. Anmerk. §. 3. VOET h. t. §. ult.

54) Weber über Injurien und Schmähschriften. 2. Abtheil. S. 40. folg.

55) MEVIUS P. III. Decis. 32. Quistorp in den angef. Grundsätzen 1. Th. §. 326. HOFACKER Princip. iur. civ. c. l.

56) *L. 1. L. 6.* §. 5. *6. et 7. D. h. t.* Im Depositum wird jedoch nur der Depositar, nicht der Deponens, um des Betrugs willen infam. S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 756.

57) DONELLUS in Comm. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. VOET h. t. § 2. *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. et 5.

58) COCCEJI cit. II. räumt dieses selbst ein; man sehe auch EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 2. not. g. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 322. Daß diese Meinung auch in der Theorie nicht gegründet sey, zeigen *Ant.* SCHULTINC Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 8. und NOODT Com-

dem Urtheil der überwiesenen Treulosigkeit ausdrückliche Erwähnung geschehen seyn müsse, wenn die damit verknüpfte Ehrlosigkeit statt finden soll, sonst ist das Urtheil, salva existimatione, zu verstehen [59]). Ueberhaupt ist man heutiges Tages mit der Ehrlosigkeit nicht mehr so freygebig, als die römischen Gesetzgeber damit waren, sondern man pflegt vielmehr die Infamie mehr nach teutschen, als nach römischen Rechten zu beurtheilen, und daher in Gemäßheit des bekannten Sprüchworts: man soll lieber zehen ehrlich, als einen zum Schelm machen, der Ehre der Staatsbürger gern, so viel nur möglich ist, zu schonen [60]).

§. 381.

Commentar. ad Pandect. h. t. Verb. *Sed apparet.* T. II. *Oper.* pag. 79.

59) *L.* 4. §. 1. *et* 2. *D. de suspect. tutor. G. L.* BOEHMER cit. Diss. de querela inoff. donat. fratr. §. 8. Verschiedene Rechtsgelehrten wollen sogar behaupten, daß wegen einer in jenen Freundscontracten begangenen Treulosigkeit h. z. T. gar keine Infamie weiter statt finde, als VOET h. t. §. 9. und SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 35 et 36. Allein dieses läßt sich nicht erweisen, wie Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. gezeigt hat.

60) S. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 210. Reg 7. pag. 322. seq. Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern 2. Abth. Nr. 3. S. 81. Quistorps Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 77. Not. i. S. 100. KIND Quaestion. for. *Lipsiae 1792.* cap. 81. Rundens Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 307. und Danz Handbuch 3. B. §. 303.

§. 381.

In wiefern bewirkt ein Vergleich über eine infamirende Handlung eine Infamie?

Einem richterlichen Urtheile wird in dem römischen Rechte in Absicht auf die Wirkung der Ehrlosigkeit ein auffergerichtlicher Transact gleichgeachtet, wenn solcher über ein schuldgegebenes Verbrechen dergestalt eingegangen worden ist, daß man dem andern Geld oder Geldeswerth gegeben, um ihn von der Anklage abzuhalten [61]). Ein solcher Vergleich schadete der Ehre des Verdächtigen eben so sehr, als wenn er der That überwiesen, und von dem Richter selbst verurtheilt worden wäre [62]). Denn man glaubte, es sey aus innerem Gefühle des bösen Gewissens geschehen, und erklärte daher einen solchen Transigenten geradezu für geständig [63]). Nicht gleiche Wirkung hatte jedoch ein Vergleich, der wegen einer beschuldigten Untreue in einem Contracte, in welchem sonst deßhalb auf Ehrlosigkeit erkannt werden kann, geschlossen worden ist [64]). Denn hier hielt man den Vergleich nicht für so schändlich, als in jenem Falle, weil hier die Verbindlichkeit doch nicht bloß durch ein Verbrechen, sondern eigentlich durch einen Contract begründet worden [65]). Es ließ sich daher auch hier kein solches stillschweigendes Bekenntnis annehmen, als in jenem Falle, da über ein Verbrechen transigiret worden [66]).

61) *L. 4. §. fin. L. 6. §. 3. D. h. t.*

62) *L. 18. C. Ex quib. cauf. infam. irrog.*

63) *L. 5. D. h. t.*

64) *§. 2. I. de poena temere litigant. L. 7. D. h. t.*

65) *Ant.* FABER Rational. ad. L. 7. D. h. t.

66) *Ger.* NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. verb. *Porro cit. Praetor.* etc. Tom. II. *Oper.* pag. 79.

Ob nun gleich mehrere Rechtsgelehrte den heutigen Gebrauch dieser Grundsätze darum vertheidigen, weil nirgends eine Abänderung derselben zu befinden sey [67]; so stimmt doch der Gerichtsgebrauch mit dieser Meinung nicht überein, als nach welchem, wie bereits oben (§. 353. S. 68). bemerkt worden, aus einem wegen angeschuldigten Verbrechen eingegangenen Vergleiche noch kein stillschweigendes Bekenntnis erwächst. Es kann daher derjenige, der einen solchen Vergleich geschlossen hat, heutiges Tages deßhalb nicht gleich für ehrlos gehalten werden [68]. Man sieht hieraus, daß eine mittelbare Infamie nach dem heutigen Gerichtsgebrauche anders nicht, als durch das Urtheil des Richters bewirkt werden kann, und zwar erfordert man, wenn diese Wirkung eintreten soll, 1) daß das Urtheil von einem competenten Richter, und nicht etwa von einem bloßen Schiedsrichter [69] (arbitro) gesprochen, 2) gegen denjenigen selbst [70], welcher sich der infamirenden Handlung schuldig gemacht hat, und nicht gegen desselben Procurator, oder Erben gerichtet seyn [71], und 3) die Rechtskraft beschritten haben müsse [72]. Da übri-

67) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 8 LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h t. §. 17. 18. et 19. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 323.

68) SCHAUMBURG Compend. iur. Digest. Lib. II. Tit. 15. §. 7. in fin. HOMMEL Rhapsod quaest. for. Vol. I. Obs. 211. voc. *Transigens* pag. 369. und Vol. VI Obs. 794. Quistorp peinliches Recht 1. Th. §. 103.

69) *L.* 13. §. 5. *D. h. t.*

70) *L.* 4. §. *ult. D. h. t.*

71) *L.* 6. §. 2. *D. h. t.*

72) Ist gegen das richterliche Erkenntniß ein Rechtsmittel eingewendet worden, so wird die Wirkung der Infamie erst von der

übrigens der Richter nur Diener der Gesetze ist, so darf er über Ehre und Schande seiner Untergebenen durch seine Aussprüche nur in so weit entscheiden, als die Gesetze ihm hierin Gewalt eingeräumt haben. Er ist daher 1) nicht befugt, dem Angeschuldigten die Ehre in seinem Urtheile vorzubehalten, wenn das Gesetz in dem vorliegenden Falle die Ehrlosigkeit ausdrücklich verordnet hat [73]), oder dieselbe eine nothwendige Folge der Strafe ist [74]). Man behauptet zwar in der Praxis, wie schon oben (§. 377. S. 158.) bemerkt worden, daß der Richter die von dem Verbrecher verdiente Ehrlosigkeit dadurch nachlassen könne, daß er statt der gesetzlichen Strafe auf eine härtere Leibesstrafe erkennt. Allein daß diese Meinung eigentlich den Gesetzen nicht gemäß sey, habe ich schon am angeführten Orte (S. 156.) gezeigt. Wenn es hingegen 2) gegen die Absicht des Gesetzgebers seyn würde, daß jemand für ehrlos gehalten werden soll, die auferlegte Strafe auch an sich diese Eigenschaft nicht hat, gleichwohl aber zu befürchten ist, daß das Publicum das Urtheil zu streng auslegen, und Ehrlosigkeit da annehmen möchte, wo sie nicht eintreten soll; dann ist es Pflicht des Richters, dem Be-

der Zeit an gerechnet, da das Erkenntniß der erstern Instanz von dem obern Richter bestätiget worden ist. *L. 6. §. 1. D. h. t.* VOET h. t. §. 6.

73) MARCIANUS *L. 1. §. 6. D. ad SCtum Turpill.* sagt schon: Facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis: *poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur*, sed legis auctoritati reservatur. Man sehe hier STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 14.

74) *L. 63 D. de furt. Aut.* MATTHAEI de criminibus Lib. XLVIII. Tit. 18. Cap. 3. nr. 15. und besonders Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 3. Th. §. 90.

straften im Urtheile die Ehre vorzubehalten, deren Kränkung sonst leicht zu besorgen wäre [75]).

§. 382.

Unterschied zwischen der infamia iuris und infamia facti 1) in Ansehung ihrer Dauer.

Der Unterschied zwischen den bisher erklärten beyden Hauptgattungen der Infamie, nämlich der infamiae iuris und facti, äussert sich nun in mehr als einer Rücksicht.

1) Wenn die Frage entsteht, **wenn und wodurch die Ehrlosigkeit aufhört?**

a) Die infamia iuris kann nämlich der Regel nach anders nicht, als dadurch aufgehoben werden, wenn der Ehrlose seine bürgerliche Ehre von dem wieder erhält, welchem das Begnadigungsrecht zusteht [76]). Diese Wiederherstellung der verlohrnen Ehre ist ein Vorrecht des Regenten, welches in Ansehung der Reichsunmittelbaren in Teutschland nur dem Kaiser, in Ansehung der mittelbaren Reichsunterthanen hingegen einem jeden Landesherrn in seinem Lande mit voller Wirkung zusteht [77]); die

75) Kleinschrod a. a. O. S. 159.

76) Kleinschrod a. a. O. §. 90. S. 158. Rundens Grundsätze des teutschen Privatrechts §. 304

77) *Mich. Henr.* GRIEBNER Diss. de iure principum imperii restituendi famam; (in *Opuscul.* iur. publ. Tom. I. pag. 76.) Hrn. Hofr. Schnaubert's Abhandl. in wiefern das Recht, einen Mittelbaren wieder ehrlich zu machen, ein kaiserliches Reservatrecht, oder eine Landeshoheitsgerechtsame sey? in Desselben Beyträgen zum Staats- und Kirchenrecht 1. Th. Nr. IX. S. 90. ff.

die Infamie mag sich in gemeinen oder besondern Rechten gründen [78]). Der Regent restituirt jedoch die Ehre nicht immer ausdrücklich, mittelst eines deßfalls ertheilten Rescripts; sondern er kann solches auch stillschweigend dadurch bewirken, daß er den Ehrlosen wieder in sein Amt einsetzt, oder ihm sonst eine Würde ertheilt [79]). Zuweilen kann auch die verlohrne bürgerliche Ehre durch Ablauf einer Zeit wieder erlangt werden, wenn nämlich die Strafe der Ehrlosigkeit ausdrücklich nur auf eine gewisse Zeit in dem richterlichen Urtheile war auferlegt worden [80]). Ist dieses nicht ausdrücklich geschehen, so erlöschen eigentlich die Wirkungen der Infamie deßwegen noch nicht, wenn die Strafe aufhört, die sie wirkte, sondern es wird auch in diesem Falle eine restitutio famae erfordert. Es ist dieses nicht etwa bloß den Grundsätzen des römischen Rechts [81]) gemäß, nach welchen, wie oben (§. 377.) bemerkt worden ist, die Infamie nicht aus der Strafe, sondern aus dem Verbrechen entspringt, dessen Existens freylich nie vertilgt werden kann; sondern es läßt sich dieses auch nach teutschen Grundsätzen behaupten, und muß daher auch noch heutiges Tages statt finden [82]). Denn nach deutschen Sit-

78) Danz Handbuch des teutschen Privatrechts 3. Th. §. 304.

79) VOET ad Pandect. h. t. §. 7. a LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. LII. Coroll. 1. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 326.

80) *L.* 3. §. 1. *D. de decurion.* *L.* 8. *D. de postul.* *L.* 3. *C. Ex quib. cauf. infam. irrogat.* LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 23.

81) *L.* 6. *Cod. h. t.*

82) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 7.

ten wird derjenige für ehrlos gehalten, der einmal unter des Henkers Händen gewesen ist. Auch dieses kann nicht ungeschehen gemacht werden; also dauert der Grund und die Veranlassung der Ehrlosigkeit fort, bis der Regent sie aufhebt[83]).

b) Die infamia facti hingegen kann auch, ohne landesherrliche Restitution, von selbst durch Lebensbesserung erlöschen[84]); obwohl in solchen Fällen, da die infamia facti zugleich durch ein richterliches Urtheil bewirkt wurde[85]), um, diese Wirkung völlig aufzuheben, die Wiederherstellung der Ehre ebenfalls bey dem Landesherrn zu suchen ist[86]).

§. 383.

2) Unterschied zwischen der infamia iuris und facti in Ansehung ihrer rechtlichen Wirkungen.

Obgleich die Wirkung der Ehrlosigkeit überhaupt in dem Verluste aller derjenigen Rechte und Vortheile besteht,

83) *Io. Tob.* RICHTER selectior. iuris Princip. ad ord. Digestor. exposit. Disput. VI. §. 14. und Kleinschrod a. a. O. §. 90. S. 158.

84) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit X. §. 26. in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 329. Man will behaupten, daß diese Besserung schon seit wenigstens drey Jahren gedauert haben müsse. BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. II. Th. 14. circ. fin.

85) *L. 2. D. de Obseq. parent. et patron. praest. L. 1.* §. 43. *D. de vi et vi armata.* SCHILTER ad *Ludovici* usum pract. Distinction. iurid. h. t. Not. A. pag. 94.

86) HOFACKER c. l.

steht, welche in der bürgerlichen Gesellschaft mit dem guten Namen verbunden sind, so ist jedoch,

II) wenn die rechtlichen Wirkungen der Infamie näher bestimmt werden sollen, wieder ein nicht geringer Unterschied zwischen der infamia iuris und facti zu bemerken. Soviel also

a) die Wirkungen der infamiae iuris anbetrift, so bestehen sie darin.

1) Der Ehrlose verliert alle Würden und Aemter, die er bisher im Staate verwaltete, und wird auch zu künftigen Ehrenstellen unfähig [87]).

2) Der Handwerker, welcher sich eine infamiam iuris zugezogen hat, kann aus der Zunft und Innung gestossen werden [88]), und der Kaufmann, der wegen eines muthwilligen Banquerouts ehrlos geworden, darf nicht mehr auf die Börse kommen [89]).

3) Ein solcher Ehrloser ist auch, wenigstens nach dem canonischen Rechte [90]), ganz unfähig, ein gültiges Zeugnis abzulegen. Das römische Recht schließt Ehrlose nicht schlechterdings aus, sondern überläßt es dem Ermessen des Richters, welchen Glauben er ihrem Zeugniß

87) *L. 2. et 12. Cod. de dignitat. L. 8. Cod. de decurion.*

88) Kleinschrod 3. Th. §. 90. S. 157.

89) Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 306.

90) *Cap. 7. c. 13. c. 54. et 56. X. de testib. Cap. 1. X. de Except. Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 786.

niß beylegen will [91]). Allein die Praxis richtet sich hier nach den Grundsätzen des canonischen Rechts [92]); welche auch in vielen Statuten ausdrücklich bestätiget worden sind [93]). Diesen Wirkungen fügen einige neuere Rechtsgelehrte auch noch

4) den Verlust eines ehrlichen Begräbnisses, und der Befugnis, ein Testament zu machen, bey [94]). Allein diese Folgen sollen nach dem canonischen Rechte [95]) nur eigentlich bey denjenigen statt finden, die einer offenbaren Zinswucherey wegen ehrlos geworden sind. Sie können also nicht als gemeine Wirkungen der Ehrlosigkeit angesehen werden [96]), und finden überdem h. z. T. nicht einmal

91) *L.* 3. *pr. et* §. 5. *D. de testib. L.* 13. *D. eod. Franc.* DUARENUS Disputation anniversar. Lib. II. cap. 23. BACHOVIUS ad *Treutlerum.* Vol. II. Disp. 5. Th. 8. lit. B. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 325. Anderer Meinung ist jedoch *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 6.

92) S. *Iust. Henn.* BOEHMER Ius Eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 20. §. 10. STRYK Us. Mod. Pandect. Lib. XXII. Tit. 5. §. 2. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Observat. select. ad *Carpzovium* Qu. 114. Obs. 4. und *de* PUFFENDORF Observ. iur. univ. Tom. II. Obs. 18. Anderer Meinung sind jedoch Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts. 2. Th. §. 691. Not. y. und KIND Quaest. for. cap. 81. p. 318.

93) LAUTERBACH Colleg. Pandect. th. pract. h. t. §. 22. nr. 4.

94) Runde in den angef. Grundsätzen §. 306. und Danz im Handbuch des teutschen Privatrechts 3. B. §. 306. nr. 4.

95) *Cap.* 3. *X. de Usur. Cap.* 2. *de Usur. in* 6to.

96) Kleinschrod a. a. O. §. 90. Not. l.

mal mehr bey dem verbotenen Zinswucher statt [97]). Was hiernächst

b) die Wirkungen der infamiae facti anbetrift, so hindert diese zwar an der Erwerbung öffentlicher Aemter und Würden, allein eine Entsetzung findet deßhalb nur alsdann statt, wenn derjenige, welcher sich diesen üblen Ruf durch seinen schlechten Lebenswandel zugezogen hat, entweder wegen des gegebenen öffentlichen Aergernisses, oder wegen gänzlicher Vernachläßigung seines Amtes, und fruchtlos gebliebenen Ermahnung, sich zur fernern Verwaltung seines Amtes ganz unfähig gemacht haben sollte [98]). Eine solche Infamie schwächt ferner die Glaubwürdigkeit eines Zeugen, wenn sie gleich keine gänzliche Untüchtigkeit zum Zeugnißablegen bewirkt. Das Zeugnis eines solchen Menschen wird für verdächtig gehalten [99]).

§. 384.

97) Quistorps Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 449. S. 677. *Lud God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de successionibus §. 104. In Kursachsen findet jedoch die Strafe des canonischen Rechts bey dem verbotenen Zinswucher noch statt. S. WIESAND Opuscula pag. 120.

98) SCHAUMBURG Compend. iuris Digestor. h. t § 9. BOEHMER Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 9. LUDOVICI Us. pract. Distinction. iuridicar. h. t. Dist. 1. pag. 96. Andere behaupten jedoch schlechthin, daß eine infamia facti eben sowohl, als die infamia iuris den Verlust schon erworbener Aemter und Würden nach sich ziehe. S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 30. VOET h. t. §. 4. CARPZOV Respons. Lib. II. Resq. 100. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 328.

99) *L.* 3. *pr. D. de Testib.* CARPZOV P. I. Const 16 Definit. 71. nr. 7. *I. H.* BOEHMER c. l. LAUTERBACH h. t. §. 30. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. XXIV. Th. 3. Not. 2. HOFACKER c. l.

§. 384.

Die Infamie giebt der Inofficiosität:sklage Raum.

Darin haben jedoch beyde Arten der Infamie gleiche Wirkung, daß Ehrlose, sie seyen mit einer infamia iuris oder facti behaftet, zu den schändlichen Personen gehören, wider welche den Geschwistern die querela inofficiosi testamenti oder inofficiosae donationis zusteht, wenn ihnen solche Personen im Testamente vorgezogen, oder des Verstorbenen Güter sonst an sie verschenkt worden sind [100]). Es muß nur nicht etwa eine restitutio famae noch bey Lebzeiten des Erblassers erfolgt [1]), oder der übergangene Bruder selbst mit einer Infamie behaftet seyn [2]). Denn in beyden Fällen hat die Klage des pflichtwidrigen Testaments keine Statt.

§. 385.

Von der *Levis notae macula*, oder der Anrüchtigkeit nach römischen und teutschen Rechten.

Daß es ausser der eigentlichen Infamie, von welcher bisher gehandelt worden, noch einen andern von den Gesetzen

100) *L. 27. C. de inoff. testam. L. ult. C. de inoff. donat.* LAUTERBACH h. t. §. 22. et 29. HOFACKER T. I. §. 325. et 328. *Gc. Lud.* BOEHMER Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum. *Chr.* RAU Diss. de querela inofficiosae donationis. *Lipsiae 1775.* §. 5. Kleinschrod a. a. O. §. 90. S. 157.

1) BOEHMER cit. Diss. §. 10.

2) BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. §. 17. Not. 8. *de* COCCEJI in iure civ. controv. Lib. V. Tit. 2. Qu. 12. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1693. Not. 1.

Gesetzen anerkannten verächtlichen Zustand giebt, den man levis notae maculam oder Anrüchtigkeit nennt [3]) ist schon oben (§. 374. S. 134) bemerkt worden. Zwar ist die Benennung levis notae macula, welche in der *L. 27. Cod. de inoff. testam.* [4]) von der infamia und turpitudine unterschieden wird, wohl unstreitig ein Tribonianismus, wenn man damit die *L. 1. et 3. Cod. Theodos. de inoff. testam.* vergleicht, aus welchen jene L. 27. geflossen ist. Es läßt sich aber doch deßwegen noch nicht gleich behaupten, daß die Sache selbst eine bloße Erdichtung der Rechtsgelehrten sey, die in den Gesetzen gar keinen Grund habe. Denn Kr. Constantin der Grosse unterscheidet doch selbst in der angeführten *L. 3. Cod. Theod. de inoff. testam.* turpitudinem levem notam ausdrücklich von einander [5]), und Heineccius [6]) hat

3) *Io. Andr.* FROMMANN Diss. de levis notae macula. *Tubingae 1672.* BERGER Diss. de eod. arg. Nach dem römischen Rechte hat diese Materie HEINECCIUS in der von unserm Verf. angeführten Diss. am besten abgehandelt. Nach teutschen Rechten hingegen ist sie vom *Io. Frid.* PLITT vorzüglich bearbeitet worden, dessen Dissertat. de levis notae macula secundum ius Germ. nicht zu Minteln 1785, sondern *Marburgi Cattor. 1784.* erschienen ist.

4) Die Worte dieser Constitution, die hierher gehören, lauten so: Consanguinei autem — contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso querelam movere possunt, *si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur.*

5) Unde claret, sagt daselbst Constantin actionem inofficiosi fratribus relaxatam, quum *infamiae* adspergitur vitiis is, qui heres extitit, omniaque fratribus tradi; quae *per turpitudinem* aut *aliquam levem notam* capere non potest institutus.

hat wohl nicht unrecht, wenn er behauptet, daß Constantin hierbey vorzüglich auf die Legem Papiam Poppaeam Rücksicht genommen, und unter denjenigen, welche *propter levem notam* die Erbschaft nicht behalten konnten, von welcher der Testator seine Geschwister ausgeschlossen hatte, solche Personen verstanden habe, mit welchen das gedachte Papische Gesetz den Senatoren sowohl, als deren Kindern die Ehe untersagt hatte [7]); von denen nun aber diejenigen unterschieden waren, *quae per turpitudinem capere non poterant hereditatem*, mit welchen nicht einmal ein freygebohrner Plebejer in rechtmäßiger Ehe leben konnte [8]). Es ist indessen freylich die heutige *levis notae macula* oder Unrüchtigkeit hauptsächlich aus teutschen Gesetzen zu beurtheilen. Sie kann nun aus einer dreyfachen Quelle entspringen;

1) aus einem Schandfleck der Geburt oder Abstammung. Daher waren

a) Nach römischen Rechten die Kinder solcher Eltern unrüchtig, welche mit einer Infamie behaftet waren; z. B. die Kinder der Histrionen und Pantomimen.

6) Diss. de levis notae macula §. 16. et §. 20. sqq Es hatte zwar *Just. Henn.* BOEHMER in Diss. de querela inofficiosa fratrum consanguineorum. *Halae 1721.* rec. 1739. §. 16. gegen die Meinung des Heineccius verschiedenes erinnert, allein Heineccius hat die Böhmerschen Einwürfe gründlich beantwortet in Praefat. *Opuscular. varior. Syllogi* praemissa. (*Halae 1735.* pag. 14. seqq.

7) Diese werden in der *L.* 44. *D. de ritu nupt.* angeführt.

8) Man sehe von diesen die *L.* 43. *D. eod.* und überhaupt *de* SELCHOW Select. cap. doctrinae de infamia §. 5.

men [9]). Mit diesen durfte kein Senator, noch sonst Jemand, der aus senatorischem Geblüte abstammte, eine Ehe schliessen [10]). Man durfte sie auch nicht seinen Geschwistern im Testamente vorziehen [11]). Eben so anrüchtig waren ferner ihrer Abstammung wegen, wenigstens vor Justinians Zeiten,

b) die Freygelassenen. Bey diesen konnte jedoch die macula pristinae servitutis, wie Modestin [12]) sagt, durch eine restitutionem natalium ausgetilgt werden. Hieher gehörten

c) nach teutschen Rechten ehemals auch die Kinder der sogenannten Wasenmeister und Abdeker [13]). Deren Anrüchtigkeit ist jedoch durch den jüngern Reichsschluß von 1772. die Abschaffung der Handwerksmißbräuche betreffend, Art. 5. aufgehoben, und verordnet worden, daß solche Kinder, wenn sie die verwerfliche Arbeit ihrer Väter noch nicht getrieben haben, noch treiben wollen, von den Handwerkern und andern ehrlichen Gesellschaften und Gemeinheiten nicht ausgeschlossen, sondern die Söhne von den Handwerksmeistern, ohne daß es einer dießfallsigen Legitimation bedürfe, gleich anderer red-

9) *L. 44. pr. D. de rit. nupt.* HEINECCIUS cit. Diss. §. 24.

10) ULPIANUS *Fragm. Tit. XIII.* § 1. *et* 2. HEINECCIUS in Comment. ad L. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. II cap. I. §. 2. seqq.

11) *L. 27. Cod. de test. inoffic.*

12) *L. 5. D. de natal. restit.* HEINECCIUS cit. Diss. §. 25.

13) Reichsschluß von 1731. die Abstellung der Handwerksmißbräuche betreffend Art. 4. in der Neuen Sammlung der Reichsabschiede Th. IV. S. 379.

redlicher Leute Kindern, unbedenklich in die Lehre genommen, und für Handwerks- auch der Meisterschaft fähig angesehen werden sollen [14]). Endlich gehören noch

d) zu dieser erstern Classe der Anrüchtigen diejenigen, welche unehelicher Geburt sind. Ob die Spurii nach Römischen Rechten an einer Makel laborirt haben, ist zwar unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige angesehene Rechtsgelehrten [15]) wollen dieses behaupten; allein **Pütrmann** [16]) hat schon diese Meinung hinlänglich widerlegt [17]). Nach teutschen Rechten ist es wohl ausser allem Zweifel, daß unehelich Gebohrne mit einer Anrüchtigkeit behaftet sind, wie ich schon an einem andern Orte [18]) gezeigt habe. Es läßt sich auch nicht be-

14) **Scheidemantels** Repertorium des Staats- und Lehnrechts Th. II. S. 409. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 331. **Danz** Handbuch 3. B. §. 309. S. 93.

15) *Inc.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 3. Cod. Theodos. de inoffic. testam. Tom. I. pag. 203. seq. Ant. SCHULTING in Enarrat. part. I. Digest. h. t. §. 14. *Io. Ortw.* WESTENBERG Diss. II. de portione legitima Cap. IV. §. 5. und *Aeg.* GRAFLAND in Diss. ad L. 27. Cod. de inoff. test. (*Lugd. Batav. 1751.* Cap. II. §. 6.

16) in Diss. de querela inofficiosi testamenti fratribus atque sororibus contra spurios haud competente. *Lipsiae* 1772. Man sehe auch VOET in Comment. ad tit. Dig. de inoff. test. §. 10. und *Ge. Steph.* WIESAND Opuscula pag. 266. seqq.

17) *L.* 3. §. 2. L. 6. *D. de Decurion. Can.* 4. *et* 5. *Dist. LVI.* Nur bey Bewerbung um Ehrenstellen mußten Spurii nachstehen, wenn ein anderer sich um das nämliche Amt bewarb, der mit gleichen Fähigkeiten, zugleich eine eheliche Geburt verband. *L.* 3. §. 2. *D. cit.*

18) 2. Th. §. 116. S. 86.

behaupten, daß dieſe Anrüchtigkeit unehelicher Kinder durch die Reichsſchlüſſe von 1731. und 1772. ſey aufgehoben worden; ſie wird vielmehr in dem erſtern [19]) nicht undeutlich dadurch beſtätiget, daß nach demſelben blos zwiſchen ehelich und unehelich erzeugten, aber legitimirten Kindern, kein Unterſchied in Abſicht auf die Zulaſſung zu Handwerkern gemacht werden ſoll [20]). Daher werden Unehelichgebohrne noch bis auf den heutigen Tag, ohne vorhergehende Legitimation, in Zünfte und Innungen nicht aufgenommen. Ja ſelbſt noch nach der Legitimation ſind ſie von mancherley Ehrenſtellen, z. B. von der eines Reichscammergerichtsbeyſitzers und Reichshofraths, ausgeſchloſſen [21]). Eben dieſes gilt in mehreren Ländern auch vom Richteramte, ja ſogar von dem Bürgerrechte in manchen Städten [22]). Auch das canoniſche Recht erklärt die Unehelichen für irregulär, und ſchließt ſie von geiſtlichen Orden aus [23]). Auſſer der Ehe gebohrne ſind endlich auch vermöge der longobardiſchen und teutſchen Lehnsgeſetze zur Lehnfolge unfähig, wenn ſie gleich legitimirt worden ſind [24]). Dahingegen

19) Reichsſchluß von 1731. §. 11.

20) Gerſtlachers Handbuch der teutſchen Reichsgeſetze Th. X. S. 2030. u. 2067. *de* SELCHOW Diſſ. ſelect. capita doctr. de infamia cont. §. 13. FLITT cit. Diſſ. §. 20 et 21. Danz Handbuch 3. Th. §. 308.

21) Reichscammer G. Ordn. T. I. Tit. 3. §. 2. Reichshofr. Ordn. Tit. I. §. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 331.

22) *de* SELCHOW cit. Diſſ. §. 13. FLITT cit. Diſſ. §. 20. in fin.

23) *Cap.* 13. *X. qui filii ſint legitimi. Cap.* 14. *et* 18. *X. de filiis presbyt.*

24 Man ſehe, was hiervon ſchon im 2. Theile §. 146. Nr. 1. vorgekommen iſt.

kann das Zeugniß solcher Personen weder verworfen, noch für suspect gehalten werden[25]; es findet auch gegen ein brüderliches Testament wegen der Erbeinsetzung eines Spurii die querela inofficiosi testamenti nicht statt[26]. Uebrigens erstreckt sich diese Makel der unehelich Gebohrnen keinesweges auf die von ihnen ehelich erzeugten Kinder[27]; so wie denn überhaupt nach heutigen Rechten auch selbst die Kinder solcher Eltern, die sich eine wirkliche Infamie zugezogen haben, nicht mehr für anrüchtig gehalten werden[28].

2) Eine andere Quelle der Anrüchtigkeit ist verwerfliche Handthierung. Aus diesem Grunde war bey den Römern der Carnifex mit einer levis notae macula behaftet[29]. Man brauchte ihn hauptsächlich zur

25) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 211. i. v. *Levis notae macula.* pag. 157. WIESAND de conditione spuriorum recte aestimanda, in *Opuscul.* pag. 270. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. X. Not. o. pag. 297.

26) *Gottl.* STURM Diss. de spurio, herede instituto, querelam inofficiosi testamenti fratri excluso non procreante. *Vitemb. 1733.* HOMMEL Rhapsod quaest. for. Vol. V. Obs. 615. WIESAND c. l. pag. 269. und besonders PÜTTMANN in der oben angef. Dissert. Anderer Meinung ist jedoch *de* COCCEJI in iure civ. controv. Tit. de inoff. testam. Qu. XII. Not. 1.

27) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 331. CARPZOV Lib. II. Decis. 111.

28) *L. 26. D. de poen.* L. 22. *Cod. eod.* STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. § 32. WIESAND c. l. pag. 273.

29) CICERO *pro Rabirio* Cap. 5.

zur Folter, und Hinrichtung der Sklaven [30]). Denn bey freyen Personen ließ man die Todesurtheile durch Lictoren oder Soldaten vollstrecken [31]). Der Carnifex konnte daher auch nicht Bürger seyn, und war von den Comitiis, und andern öffentlichen Versammlungen und Gesellschaften der römischen Bürger ausgeschlossen, mußte ausser der Stadt wohnen, und sich durch das Tragen eines Glöckgens von andern ehrlichen Leuten unterscheiden [32]). Allein heutiges Tages unterscheidet man zwischen dem Nachrichter oder Scharfrichter, und dem Schinder, Kaviller, Abdecker oder Henker [33]). Letzterer vollziehet nicht nur die schimpflichen Leibes- und Lebensstrafen mit eigner Hand, sondern ist auch zu andern schmutzigen Verrichtungen bestimmt, deren selbst der gemeine Pöbel sich schämt, z. B. zur Abdeckung des verreckten Viehes, und Einscharrung desselben; ferner zum Todschlagen der tollen Hunde, u. d. Nur dieser ist daher allein nach dem Reichsschluß von 1731. §. 4. anrüchtig, und von Handwerkern und andern ehrlichen Gesellschaften ausgeschlossen. Dahingegen ist der Scharfrichter dem Schinder nicht schlechthin gleichzurechnen. Denn dieser nimmt, als solcher, an den schmutzigen Abdeckerverrichtungen keinen Antheil, sondern desselben eigentliche Bestimmung besteht der Regel nach darin, daß er die Strafe des Enthauptens voll-

 zieht,

30) SIGONIUS de iure civit. Rom. Lib. I. cap. 15.

31) *Pet.* FABER Semestr. Lib. II. cap. 9.

32) HEINECCIUS in Diss. de levis notae macula §. 33. und BOEHMER D. de executionis poenarum capitalium honestate §. 16. seqq.

33) Danz im Handbuch 3. B. §. 309.

zieht, bey der Tortur, dem Hängen, und andern Leibes- und Lebensstrafen aber nur die Aufsicht hat, und überhaupt an Missethäter nie selbst Hand legt. Das Amt eines Scharfrichters ist daher an sich mit keiner Makel behaftet, vielmehr durch den oben angeführten Reichsschluß von 1731. dadurch von aller Anrüchtigkeit freygesprochen worden, daß daselbst ganz ausdrücklich nur blos der Schinder allein gedacht worden ist [34]). Nach dem Gerichtsgebrauche wird daher einem Scharfrichter nicht verwehrt, in der Stadt zu wohnen, sich ein eignes Haus anzuschaffen, und sogar das Bürgerrecht zu erlangen [35]). Ein anders wäre freylich, wenn der Scharfrichter zugleich die Cavillerey hätte, und solche auch in eigner Person triebe [36]). Denn in Ansehung solcher Nachrichter, die zugleich das Amt der Schinder versehen, wäre wohl die Anwendung des oben angeführten Reichsschlusses, nach welchem die Schinder für unehrlich erklärt werden, keinem Zweifel unterworfen. Nur unter dieser Einschränkung liese sich also die Meinung des seel. Hofr. Meisters [37]), welcher die Scharfrichter für anrüchtig halten will, rechtfertigen.

Zu

34) *Abr.* KAESTNER Diss. de carnifice fama non laborante. *Lipsiae* 1745. *de* SELCHOW Select. cap. doctrinae de infamia. §. 11. und besonders PLITT cit. Diss. §. 10—20.

35) von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien IV. St. Nr. V. S. 90. oder N. L. der neuen Auflage. (Rost. und Leipzig 1787.) WERNHER Observat. for. T. III. P. II. Obs. 419. und HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 151.

36) Quistorps Grundsätze des peinlichen Rechts 2. Th. §. 553.

37) Vollständige Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrsamkeit in Teutschland Th. I. Abschn. 1. Kap. 6. §. 11.

Zu dieser zweyten Classe der Anrüchtigen werden auch diejenigen gezählet, die bey ihrer an sich verächtlichen Lebensart keinen fixirten Wohnsitz haben; als herumirrende Zigeuner, Bärenführer, Marktschreier, Gauckler, Seiltänzer, Marionettenspieler u. d. [38]), obwohl einige neuere Rechtsgelehrte dennoch dergleichen Gesindel von aller Anrüchtigkeit freysprechen wollen [39]). Soviel ist wohl ausser Zweifel, daß sie nicht ad honestae et inculpatae vitae homines gehören; und da hierauf bey Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen hauptsächlich zu sehen ist [40]), so kann man wohl dem Zeugniß solcher Personen keine vollkommene Beweiskraft beylegen [41]). Es scheint mir auch gar nicht unbillig zu seyn, die Klage des pflichtwidrigen Testaments in einem solchen Falle zu gestatten, da Jemand solche Personen seinen Geschwistern vorgezogen hat, denn die Beleidigung für die übergangenen Geschwister ist wohl immer die nämliche, als wenn der Testirer ihnen den Schinder vorgezogen hätte, in welchem Falle man doch die querelam in-

38) Reichs-Policey-Ordnung v. J. 1577. Tit. 28—31. In dem Reichsschl. vom 1731. §. 4. ist hierin nichts abgeändert, denn da ist blos von Professionen und Handthierungen die Rede, die von Landeseinwohnern getrieben werden, von diesen sollen keine andern, denn die Schinder allein, anrüchtig seyn. S. Runden's Grds. des teutschen Privatrechts §. 310.

39) PLITT cit. Diss. §. 22. und Danz Handbuch 3. B. §. 310.

40) *L.* 3. *pr. D. de testibus.*

41) S. *Tr.* THOMASIUS in Diss. de probatione per testes levis notae macula laborantes. Lipsiae 1726. Runde a. a. O. §. 311.

officiosi testamenti zuzulassen pflegt[42]). Ob die Anrüchtigkeit bey den Schindern die Glaubwürdigkeit ihrer Zeugnisse mindere, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Leyser[43]) will sie nicht als vollgültige Zeugen gelten lassen. Andere hingegen widersprechen dieser Meinung aus dem Grunde, weil nach den Gesetzen kein Amt an sich, sondern die schlechte Aufführung den Zeugen verdächtig macht[44]). Soviel ist wohl ausser Zweifel, daß das Zeugniß der Abdecker in Sachen, die in ihr Amt einschlagen, z. B. wenn es auf Besichtigung eines kranken oder gefallenen Stück Viehes ankommt, vollen Glauben verdient[45]).

Endlich können auch die Wirkungen der Anrüchtigkeit 3) aus einem articulirten Verhör oder der erhobenen Specialinquisition erwachsen, denn diese ist bekanntermassen mit der Folge verbunden, daß der Inquisit während der Untersuchung von öffentlichen Aemtern suspendirt, und von den Zusammenkünften der Zünfte, und von andern ehrbaren Gesellschaften ausgeschlossen, auch nicht zu neuen Ehrenstellen gelassen wird, so lange er

42) de COCCEJI in iure civ. contr. Lib. V. Tit 2. Qu. 12. LAUTERBACH in colleg. Pandect. h. t. §. 34. Danz Handbuch 3. B. §. 311. nr. 3. S. 99. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 330.

43) Medit. ad Pandect. Vol. I. Specim. LII. meditat. 8.

44) MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. I. Fasc. II. Obs. 175. PLITT cit. Diss. §. 28. Danz a. a. O. nr. 4. Man sehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius. civ. contr. h. t. Qu. X. Not. o. in fin. und *J. H.* BOEHMER introduct. in ius Digest. h. t. §. 11.

45) FROMMANN cit. Diss. de levis notae macula §. 55.

er nicht seine Unschuld dargethan, oder eine Absolution der Untersuchung ein Ende gemacht hat[46]). Ehe dieses geschehen ist, bringt auch das Zeugniß eines solchen Inquisiten keinen genugsamen Beweis hervor[47]), und der Lehnsherr kann ihm die Belehnung verweigern[48]).

Uebrigens darf man nie ausser Acht lassen, daß die Anrüchtigkeit keine wahre Infamie ist. Sie zieht also nicht, wie diese, den Verlust der ganzen Summe derjenigen Rechte nach sich, welche von der bürgerlichen Ehre abhangen, sondern es sind ihr nur diejenigen nachtheiligen Wirkungen beyzulegen, welche die Gesetze ausdrücklich bestimmt haben[49]).

46) *L. un C. de reis postul.* von Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 2. Th. §. 674.

47) *Cap. 56. X. de testib. Cap. 10. X. de purgat. canon.* LEYSER Meditat ad Pand. Vol. VIII. Specim. DLX. medit. 18. pag. 462.

48) Sächs. Lehnrecht. Kap. 4. Schwäbisch. Lehnrecht Kap. 1. §. 4. *Vet. auct. de beneficiis* Cap. I. §. 4.

49) PLITT §. 24. Dapp §. 311.

Lib. III. Tit. III.

De Procuratoribus et Defensoribus.

§. 386. u. 387.

Begriff und verschiedene Eintheilungen der Procuratoren. Findet eine stillschweigende Bevollmächtigung auch in gerichtlichen Sachen statt?

Procurator, ein Anwald, Bevollmächtigter, oder Gewalthaber, ist überhaupt derjenige, welcher fremde Geschäfte, dem Auftrage des Eigenthümers gemäß, verwaltet [50]). Man unterscheide ihn von einem *Defensore*, und *Negotiorum gestore*. Beyde besorgen fremde Geschäfte ohne Auftrag, jener gerichtliche, dieser aussergerichtliche. Von den negotiorum gestoribus ein mehreres ad Tit. 5. In Ansehung der *Defensorum* bemerke ich nur noch, daß in der eigentlichen Bedeutung dieses Worts nur diejenigen so genennt

50) *L. 1. pr. D. h. t.* Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Die Gesetze dieses Titels der Pandecten sowohl, als auch des 13. Titels im 2. Buche des Codex *de Procuratoribus* erläutert sehr gut *Hub.* GIPHANIUS in Lecturis Altorfin. (*Francof.* 1605. 4.) pag. 1. seqq. Ausserdem sind noch zu bemerken: *Christ. Cod.* HOFFMANN Diss. de origine et conditione procuratorum iure Rom. et canonico, nec non eorum progressu in forum germanicum. *Halae 1716. Frid. Ulr.* PESTEL. Diss. illustrans varias controversias circa materiam de procuratoribus. *Rintelii* 1743. *Rud. Christ.* HENNE Diss. sist. selecta quaedam de procuratoribus capita. *Erfordiae* 1768. und Lud. Ferd. Dapp Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß. Frankfurt am Mayn 1789. 8.

nennt werden, welche den Beklagten vor Gericht vertreten, ohne dazu eine Vollmacht von demselben erhalten zu haben [51]). Diese werden der Billigkeit wegen, auch ohne Vollmacht, zugelassen, quia publice utile est, wie **Ulpian** [52]) sagt, absentes a quibuscunque defendi. Nur müssen sie Caution wegen Erfüllung des rechtskräftigen Erkenntnisses machen, wenn solches wider ihren Principal ausfallen sollte. Nemo enim alienae litis idoneus denfensor sine satisdatione intelligitur [53]); und von dieser Sicherheitsbestellung befreyet weder Reichthum, noch Würde [54]). Eine besondere Caution wegen der Genehmigung des Principals ist nicht nöthig, ausser wenn die angestellte Klage eine actio in rem ist [55]). Denn gesetzt, der Defensor hätte auch die Sache, dem iudicato gemäß, dem Kläger restituirt, so könnte ja der Principal, den das rechtskräftige Erkenntniß nicht verbindet, die Sache aufs neue vindiciren, und der vorige Kläger hätte ohne eine cautio rati keinen Regreß. Bey Personalklagen hingegen kommt es auf diese besondere Genehmigung des abwesenden Beklagten nicht an [56]). Denn hier

51) *L.* 51. §. 1. *D. h. t. L.* 76. *D. eod. L. un. in fin. C. de Satisdando.* GIPHANIUS ad h. Tit. pag. 9. und WESTENBERG in Digest. h. t. §. 42.

52) *L.* 33. §. 2. *D. h. t.*

53) *L.* 46. §. 2. *D. h. t.*

54) *L.* 51. §. 2. *L.* 52. *L.* 53. *D. h. t.*

55) *L.* 40. §. 2. *D. h. t. de* COCCEJI ius civ. contr. h. t. Qu. 17.

56) Es giebt jedoch hiervon Ausnahmen. Man sehe *L.* 39. §. *ult. D. h. t.* und *L.* 6. *D. rem. rat. dom. habit.* welche *Iof.* FISESTRES in Hermogeniano pag. 340. seqq. erläutert.

hier hält sich der Kläger schlechterdings an seine Caution, und kann den Defensor oder seinen Bürgen belangen. Es findet auch hier keine Zurückforderung statt [57]).

Die Procuratoren sind nun von mancherley Art.

I) An Ansehung des Eigenthümers, dessen Geschäfte sie verwalten, sind sie entweder *Syndici*, oder Procuratoren im eigentlichen Verstande, je nachdem sie von einer Personen Gemeinheit, oder von einzelnen Personen bestellet worden sind. Von den erstern Tit. IV. hier von den letztern.

II) In Rücksicht der Geschäfte, welche sie besorgen, sind sie entweder gerichtliche oder auffergerichtliche, je nachdem sie entweder zur Betreibung gerichtlicher oder auffergerichtlicher Geschäfte bestellt sind. Erstere werden Sachwalter oder Procuratoren in der strengsten Bedeutung genennt. Von diesen ist besonders in diesem Titel die Rede, von den auffergerichtlichen hingegen Tit. mandati. Von dem Unterschiede zwischen gerichtlichen und auffergerichtlichen Procuratoren werde ich ad §. 390.) handeln.

III) Sieht man darauf, zu wessen Nutzen der Procurator das ihm aufgetragene Geschäft besorgt, so ist er entweder ein *Procurator in rem suam*, oder ein *Procurator in rem alienam*, je nachdem er das übernommene Geschäft entweder zu seinem eigenen Vortheil, oder zum Nutzen des Eigenthümers, der ihm solches aufgetragen hat, besorgt. Davon ein mehreres ad §. 396.

IV)

57) *L. 45. §. f. h. t.* GIPHANIUS cit. loc. pag. 44. NOODT in Comment. ad Digesta h. t. pag. 89. seq. a verb. *Vult igitur Praetor.* SCHULTING ad πρῶτα Dig. h. t. §. 17. und LAUTERBACH Coll. Pand. h. t. §. 71.

IV) Nach dem Umfang ihrer Gewalt, sind die Procuratoren ferner entweder General- oder Special-Bevollmächtigte, je nachdem ihre Vollmacht entweder auf alle Geschäfte und Rechtsangelegenheiten ihres Machthabers sich erstreckt, oder blos auf ein einzelnes Geschäft gerichtet ist[58]). Endlich

V) in Absicht auf den Bestellungsgrund sind sie entweder wahre oder vermuthete Sachwalter, je nachdem sie entweder vermöge eines wirklich erhaltenen, oder vermöge eines vermutheten Auftrags handeln. Die wahren Sachwalter werden mittelst des Bevollmächtigungscontracts bestellt, worunter man denjenigen Consensualcontract versteht, wodurch sich jemand verpflichtet, ein nicht unerlaubtes Geschäft des andern, in desselben Namen, nach der ihm gegebenen Vorschrift, ohne Lohn zu verrichten. Da dieser Contract, eben so, wie ein jeder anderer Vertrag, sowohl ausdrücklich, als auch stillschweigend geschlossen werden kann[59]); so entsteht hier die Frage, ob auch eine

58 *L. 1. §. 1. D. h. t. L. 12. D. de pact. L. 17. §. ult. D. de iureiur. L. 12. D. de solut. L. 3. §. 2. D. iudic. solvi. Ger.* NOODT de pactis et transactionib. cap. 27.

59) *L. 6. §. 2. L. 18. D. mandati L. 60. D. de reg. iuris. L. 6. Cod. mandati.* Zwar ist in diesen Gesetzen nur von dem Falle die Rede, wenn ich wissentlich geschehen lasse, daß Jemand für mich Bürgschaft leistet; hier soll mein Stillschweigen so ausgelegt werden, als wenn ich dem Andern zur Uebernehmung der Bürgschaft den Auftrag ertheilet hätte. Allein man wendet diese Vorschrift mit Recht auch auf andere Geschäfte an, die Jemand mit Verwissen und ohne Widerspruch des Principals unternimmt. S. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris

eine stillschweigende Abschließung des Bevollmächtigungs-Contracts in gerichtlichen Sachen statt finde? Es sind hier eigentlich zwey Fragen zu unterscheiden.

a) Kann von Seiten der streitenden Parthey ein Auftrag in gerichtlichen Sachen stillschweigend ertheilt werden? Verschiedene practische Rechtsgelehrte [60]) wollen dieses gänzlich läugnen, weil nach dem allgemeinen Gerichtsgebrauche ein Sachwalter in gerichtlichen Geschäften eine schriftliche Vollmacht zu den Acten übergeben müsse. Allein andere [61]) haben mit Recht diese Meinung verworfen, und dagegen mit mehrerem Grunde behauptet, daß die schriftliche Vollmacht bey dem Auftragscontracte, welche zu seiner Vollkommenheit nichts, als die beyderseitige Einwilligung des Gewaltgebers und Sachwalters erfordert, nicht wesentlich erfordert, sondern nur, als Beweismittel, in Ermangelung anderer, gebraucht werde. Denn wenn gleich nach der besondern Gerichtsordnung mehrerer Länder ausdrück-

iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 11. HOFACKER princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 2011. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 920.

60) *Io.* BRUNNEMANN in Comment. ad L. 8. D. h. t. nr. 5. STRYK Us. mod. Pandectar. h. t. §. 28. *Mich. Godofr.* WERNHER lectiss. Commentat. ad Pandect. Lib. XVII. Tit. 1. §. 2. u. a.

61) LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. LIII. medit. 11. SCHAUMBURG Princip. prax. iudic. Cap. gen. II. §. 22. Not. *) Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 236—239. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes §. 130. und besonders *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS Progr. de mandato tacito, eiusque praesertim tacita susceptione. (*Erlangae* 1796. 4.) §. 4.

drücklich vorgeschrieben ist, daß ein gerichtlicher Sachwalter sich mittelst einer schriftlichen Vollmacht zum Proceß legitimiren solle, so gehört doch dieses offenbar mehr zur Form, als zur Substanz der Bevollmächtigung, und es kann zwar allerdings deren gehörige Beobachtung der Parthey sowohl als ihrem Sachwalter vom Richter auferlegt werden, aber doch nicht gleich aus der unterlassenen Beobachtung derselben eine Nichtigkeit des Geschäfts selbst entstehen, welches von dem Procurator vermöge des stillschweigenden Auftrags vor Gericht besorgt worden ist, wenn es zumal der Principal vollkommen genehmiget[64]). Stillschweigend geschieht nun die Auftragsertheilung,

1) wenn eine Parthey selbst in Person vor Gericht gegenwärtig ist, und geschehen läßt, daß Jemand, als ihr Sachwalter, daselbst für sie handelt, ohne dabey zu widersprechen[63]). Es ist jedoch eine solche stillschweigende Vollmacht nie auf den ganzen Rechtshandel auszudehnen, sondern sie kann ihrer Natur nach nur auf die Handlungen gehen, bey denen die Parthey wirklich gegenwärtig gewesen ist[64]). Es kann daher ein solcher Procurator in der Folge nichts verhandeln, als was eine unmittelbare und unzertrennliche Folge desjenigen ist, wozu ihn einmal des Gewaltgebers Stillschweigen berechtiget[65]).

2) Wenn

62) MANTICA de tacitis et ambig. conventionib. Lib. VII. Tit. 3. nr 25.

63) §. *1. I. de iis, per quos agere possum. L. 6. §. 2. D.* et *L. 6. Cod. mandati.* VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 9. LEYSER cit. loc. Medit. 11. Dapp a. a. O. §. 236.

64) *Cap. 12. X. h. t.*

65) LEYSER cit. loc. medit. 12. Vol. I. pag. 585. und Danz a. a. O. §. 130.

2) Wenn eine Parthey die zu ihrer Rechtssache gehörigen Urkunden in der, jedoch in einem jeden einzelnen Falle auf Erfordern zu erweisenden Absicht, einem Andern übergiebt, um jene gerichtlich zu verhandeln [66]).

b) Die andere Frage ist, ob auch von Seiten des Sachwalters die Uebernehmung eines Auftrags in gerichtlichen Sachen stillschweigend geschehen könne? Hier ist nun soviel ausser Zweifel, daß derjenige, welcher sich auf die schriftlich oder mündlich ihm geschehene Ertheilung eines Auftrags blos nicht erklärt hat, den Auftrag schon dadurch allein noch keinesweges übernommen habe. Denn das Stillschweigen ist hier um so mehr für eine ganz indifferente Sache zu halten, je weniger insgemein der Auftrag unser eigenes Interesse betrift; wenn man zumal erwägt, daß die Besorgung fremder, besonders gerichtlicher, Geschäfte, wegen der damit verknüpften Vertretung der geringsten Schuld, als etwas lästiges anzusehen ist, dem man lieber zu entgehen sucht, als daß man solches gern übernehmen sollte. Daher erklärt auch Ulpian [67]) das Stillschweigen desjenigen, der sich auf einen ihm ertheilten Auftrag nicht erklärt hat, ausdrücklich für ein Merkmahl verweigerter Einwilligung. Invitus procurator, sagt er, non solet dari; *invitum* autem accipere debemus, non eum tantum, qui contradicit, verum eum quoque, *qui consensisse non probatur.* Es läßt sich aber doch deßwegen nicht behaupten, als ob zur Uebernehmung eines Auftrags in gerichtlichen Sachen die ausdrückliche Einwilligung des

66) Arg. *L. 11. C. de pact. convent.* Danz a. a. O.

67) *L. 8. §. 1. D. h. t.*

des Procurators schlechterdings erfordert werde, wie Giphan[68]), und Westenberg[69]) lehren, sondern es kann auch hier das Stillschweigen des Procurators von Wirkung seyn, wenn nämlich zu der Ertheilung des Auftrags noch ein besonderer Umstand hinzutritt, der nach rechtlichen Grundsätzen nicht mit Stillschweigen kann übergangen werden, wenn man den Auftrag nicht annehmen will[70]). Dahin gehört, wenn Jemand nicht nur wissentlich und ohne Widerrede eine auf ihn gestellte, und gehörig ausgefertigte Vollmacht angenommen, sondern auch noch überdem geschehen lassen, daß der Principal die gewöhnliche Caution für ihn geleistet hat[71]). Hier ist ein solcher Fall vorhanden, wo das Stillschweigen den Procurator verbindlich macht, und derselbe den erhaltenen Auftrag nun nicht mehr von sich ablehnen kann, ohne sich der Klage auf das Interesse auszusetzen[72]).

§. 388.

Personen, welche als vermuthete Sachwalter zugelassen werden.

Diejenigen Sachwalter, welche weder einen ausdrücklichen noch stillschweigenden Auftrag von ihrem Principal

68) Lectur. Altorphin pag. 18. init.

69) Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 12.

70) EMMINGHAUS cit. Commentar. §. 6.

71) Es ist dieses nicht blos dem päbstlichen Rechte gemäß; *Clem. 1. de procurator.* sondern es stimmen hiermit auch die Grundsätze des römischen Rechts überein, wie aus der *L.* 8. §. 3. und *L.* 15. *D. h. t.* erhellet.

72) *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 17.

cipal erhalten haben, sondern bey denen blos wegen des Verhältnisses, in welchem sie mit der Parthey stehen, ein Auftrag nach Maasgebung der Gesetze vermuthet werden kann, werden **vermuthete Sachwalter**, *Procuratores praesumti*, oder *Quasi procuratores* genennt[73]). Vermöge eines solchen vermutheten Auftrags werden nun als Sachwalter zugelassen,

1) **Verwandte** derjenigen Parthey, deren Sache vor Gericht verhandelt wird, sowohl in gerader, als der Seitenlinie[74]). Nur müssen sie

a) wahre **natürliche Verwandte** seyn. Es sind daher diejenigen Personen, welche durch die Adoption in

73) Wenn **Ulpian** in der *L.* 3. §. 3. *D. iudicatum solvi* sagt: Quod eis agere permittitur edicto Praetoris, *non facit eos Procuratores*, so zielt dieß nur darauf, daß sie keine **wahre Sachwalter** sind. Sie können sich daher von dem Gegner ihrer Parthey nicht mit Wirkung de iudicato solvendo Caution leisten lassen, und müssen überdem de rato cautren, wovon wahre Sachwalter frey sind. Man sehe *Ant.* FABER in Rational. ad L. 35. D. h. t. Von vermutheten Sachwaltern handeln übrigens *Io. Bern.* FRIESE Disp. de postulantibus pro aliis sine mandato. *Ienae 1699. Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disquis. de cautione rati a coniunctis praestari solita. *Tüb.* 1663. *Io. Iac.* BERGER Diss. de mandato iudiciali praesumto. *Alt.* 1705. *Christ. Henr.* BREUNING Diss. de mandato praesumto. *Lipsiae* 1764. *Rud. Christ.* HENNE Diss. de personis ex mandato praesumto in iudiciis agentibus. *Erfordiae 1768.* und **Dapp** in dem angeführten Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß 2 Abh. §. 386 — 466.

74) *L.* 35. *pr. D. h. t.* Sed et hae personae procuratorum debebunt defendere, quibus sine mandatu agere licet: utputa *liberi*, licet sint in potestate; item *parentes*, et *fratres*.

in das Verhältniß einer blos bürgerlichen und gesetzlich erdichteten Verwandschaft getreten sind, von dem Rechte vermöge eines vermutheten Auftrags vor Gericht zu handeln, auszuschliessen[75]). Sie müssen ferner

b) rechtmäsige Verwandte seyn. Wenn daher die Verwandschaft durch unehelichen Beyschlaf entstanden ist, so findet der Regel nach kein vermutheter Auftrag statt, ausser bey blos natürlichen Verwandten von der mütterlichen Seite, wenn nur die Cognation nicht etwa durch einen coitum damnatum, z. B. durch Ehebruch oder Blutschande, entstanden ist; weil die bürgerlichen Rechte der Verwandschaft bey dergleichen blos natürlichen Verwandten von mütterlicher Seite eben so gut, wie bey den rechtmäsigen Descendenten der väterlichen Linie, statt finden[76]). Soviel insonderheit

c) die Verwandten in der geraden Linie anbetrifft, so kommt es bey diesen weder auf den Unterschied des

75) Man sieht dieses besonders aus der Verbindung der *L.* 51. und *L.* 56. §. 1. *D. de Verb. Significat.* welche, wie Cujaz in Commentar. ad L. 50. 51. et 52. D. de V. S. zeigt, und auch POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXX. Not. i. behauptet, vorzüglich zu dieser Materie gehören, und worin die Ausdrücke *parentes* und liberi auf eine solche Art erklärt werden, das Adoptiveltern und Adoptivkinder nicht mit darunter begriffen sind. Es ist auch sonst kein Gesetz vorhanden, worin die Wirkung eines präsumtiven Auftrags der Adoption wäre beygelegt worden. Man sehe übrigens LAUTERBACH cit. Diss. §. 8. FRIESE cit. Diss. Th. 12. und besonders Dapp in dem angef. Versuche §. 399. S. 280. f.

76) *L.* 2. *et* 8. *D. unde cognati* LAUTERBACH cit. Disquisit. §. 10. und Dapp §. 394. und §. 395.

Grades[77]), noch auch bey den Kindern darauf an, ob sie noch in der väterlichen Gewalt sind, oder nicht[78]). Es findet auch kein Unterschied statt, ob diese Verwandten gleich von Anfang rechtmäßig gewesen, oder ob sie es erst nachher durch die vollkommene Legitimation geworden sind[79]). Endlich

d) die Verwandten in der Seitenlinie betreffend, so werden diese nur bis auf den zweyten Grad der bürgerlichen Computation, als vermuthete Sachwalter, zugelassen. Denn das Gesetz[80]) gedenkt ausdrücklich nur der Brüder, jedoch ohne allen Unterschied, ob sie vollbürtig, (germani) oder halbbürtig, (unilaterales) und letztere von väterlicher (consanguinei), oder von mütterlicher Seite (uterini) sind.

77) Denn Ulpian redet in der angef. *L.* 35. *pr. D. h. t.* von perentibus und liberis überhaupt. Nun aber werden unter dem Ausdruck *parentes* alle Verwandten in der aufsteigenden Linie, *L.* 51. *D. de Verb. Sign.* so wie unter der Benennung der *liberorum* alle Verwandte in der absteigenden Linie begriffen. *L.* 220. *D. de Verb. signif. L.* 10. § 9. *D. de in ius voc.* Insofern jedoch von gerichtlichen Geschäften die Rede ist, so werden in der Regel nur Ascendenten und Descendenten männlichen Geschlechts als vermuthete Sachwalter zugelassen. Es giebt nur einige wenige Ausnahmen, wo die Tochter für die Eltern und die Mutter für die Kinder vor Gericht handeln kann. *L. 41. D. h. t. L.* 1. §. *fin. D. de appellat. recipiend.* S. WERNHER Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 81. HENNE cit. Diss. §. 3. et 5. und BREUNING cit. Diss. §. 4.

78) *L.* 35. *D. h. t. L.* 56. §. 1. *D. de verb. signif.*

79) Dapp §. 403.

80) *L.* 35. *pr. D. h. t.*

sind [81]). Es können daher Geschwisterkinder so wenig, als die übrigen Verwandten in der Seitenlinie wenigstens nach dem römischen Rechte als vermuthete Sachwalter vor Gericht zugelassen werden, wenn gleich verschiedene Rechtsgelehrte anderer Meinung sind [82]), weil es hier auf ein besonderes Recht ankommt, bey welchem keine ausdehnende Erklärung statt findet [83]) Uebrigens ist jedoch noch zu bemerken, daß wenn mehrere Brüder von einer Gattung concurriren, der Tüchtigste, unter Brüdern von verschiedener Gattung aber der vollbürtige Bruder, wegen des doppelten Bandes, in welchem er mit der streitenden Parthey verwandt ist, vor dem halbbürtigen Bruder den Vorzug verdiene, wofern nicht etwa wegen der eintretenden besondern Umstände der Richter nach seinem billigen Ermessen eine Ausnahme zu machen für gut befindet [84]). Dahingegen kommt es bey den Verwandten in der geraden Linie auf die Nähe des Grades, und im Falle der Gleichheit desselben darauf an, wen der Richter nach seinem Ermessen zur

81) Arg. *L.* 10. § 13. *D. de gradibus.* LAUTERBACH cit. Diss. §. 14. Dapp a. a. O. §. 410.

82) CARPZOV iurisprud for. P. I. Const. II. Def. 29. STRYK Adnotat. ad Compend. *Lauterbachii* h. t. pag. 133. BERLICH P. I. Concluf XIV. nr. 38. Nach der Sächsischen Proceßordnung Tit. 7. §. 2. werden jedoch Seitenverwandte bis zum dritten, und nach dem Wirtembergischen Landrecht 1. Th. 16. Tit. bis zum vierten Grad als vermuthete Sachwalter zugelassen.

83) LAUTERBACH cit. Diss. §. 13. HENNE cit. Diss §. 4. BREUNING cit. Diss. §. 5. und Dapp §. 412.

84) LAUTERBACH cit. Disquisit. §. 14. Dapp §. 411. Danz Grundsätze des ord. bürgerl. Processes §. 140. Not. c.

gerichtlichen Betreibung der Sache für den tüchtigsten hält [85]). Zu den vermutheten Sachwaltern gehören ferner

2) die Schwäger einer Parthey, deren Ulpian [86]) ausdrücklich Erwähnung thut. Nur darüber sind die practischen Rechtsgelehrten noch nicht einig, wie weit sich hier der vermuthete Auftrag erstrecke. Einige wollen ihn bloß auf diejenigen affines einschränken, welche einander an Eltern und Kinder statt sind [87]). Allein richtiger scheint die Meinung derjenigen zu seyn, welche behaupten, daß verschwägerte Personen in eben dem Grade, wie Verwandte, als vermuthete Sachwalter für einander zuzulassen, folglich die in der geraden Linie ohne Unterschied des Grades, die in der Seitenlinie aber bis auf den zweyten Grad nach der Berechnung des römischen Rechts für einander vor Gericht handeln können [88]). Es wird aber dabey billig vorausgesetzt,

a) Daß die Schwägerschaft durch eine rechtmäsige Ehe entstanden sey [89]), und daß dieselbe

b) auch noch fortdauere. Denn ist sie durch den Tod der Frau, oder durch eine, auf eine andere Art erfolgte Tren-

85) LAUTERBACH §. 9. Dapp §. 407. Danz §. 140.

86) *L.* 35. *pr. D. h. t.*

87) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 46. BERLICH P. I. Concluf. XIV. n. 49. seq.

88) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 7. LAUTERBACH cit. Disquisit. §. 16. FRIESE cit. Diss. Th. 45. HENNE cit. Diss. §. 7. Dapp §. 424. und Danz in den angef. Grundsätzen §. 140.

89) Arg. *L.* 5. *D. de toslib.* und *L.* 4. §. 8. *D. de grad. et affin.* LAUTERBACH §. 19.

Trennung der Ehe, wieder aufgehoben, so hört auch, mit den übrigen rechtlichen Wirkungen derselben, der vermuthete Auftrag auf [90]).

3) Auch der Ehemann gehört in gewisser Rücksicht zu den präsumtiven Bevollmächtigten, in Ansehung der rechtlichen Angelegenheiten seiner Frau. Der Proceß betrift nämlich entweder die Person, oder das Vermögen der Frau. Im erstern Falle kann der Ehemann für seine Frau ohne Vollmacht erscheinen [91]), und er hat auch nicht nöthig, sich auf einen vermutheten Auftrag zu berufen, weil er die Frau zu vertheidigen, und vor Gericht zu vertreten schuldig ist. Im letztern Falle hingegen ist wieder zu unterscheiden, ob der Proceß das Heyrathsgut der Frau, oder ob er ihr Paraphernal- und Nebenvermögen betrifft. In dem erstern Falle hat der Mann ebenfalls nicht nöthig, zu einem vermutheten Auftrage seine Zuflucht zu nehmen, sondern er handelt in Ansehung der Dotalgüter seiner Frau, vermöge des ihm daran zustehenden bürgerlichen Eigenthumsrechtes, um so mehr in eigenem Namen, da die Frau von dem ihr zustehenden natürlichen Eigenthumsrechte währender Ehe keinen Gebrauch machen kann, folglich nicht einmal selbst handeln darf [92]). In dem letztern Falle hin-

 gegen,

90) *L. 3. §. 1. D. de postul. L. 43. in fin. h. t. L. 3. in fin. Cod. de donat. inter vir. et uxor.* BACHOVIUS ad *Trutlerum* Vol. I. Disput. VIII. lit. D. LAUTERBACH cit. Disquis. §. 17. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 47. WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. II. Obs. 381. HENNE cit. Diss. §. 8. Dapp §. 417. Danz §. 140.

91) *L. 1. §. 3. et ult. D. de injur.*

92) *L. 24. D. de act. rer. amot. L. 13. §. 2. D. de fundo dot. L. 7. §. 3. D. de iure dot. L. 5. L. 11. L. 23. et 30. Cod. eodem. L. 9. Cod. de rei vindicat.* Dapp §. 419.

gegen, wenn der Rechtsstreit das Nebenvermögen (bona paraphernalia) der Ehefrau betrift, kann eigentlich nach dem römischen Rechte der Mann anders nicht, als vermöge eines vermutheten Auftrags, handeln, und muß daher cautionem rati leisten[93]). Denn an diesen Gütern hatte der Mann nach dem römischen Rechte eigentlich gar keine Rechte, und wenn ihm auch die Frau das Paraphernalvermögen verwalten ließ, so war er doch nur so lange Verwalter, als die Frau wollte, welche ihm die Verwaltung nach ihrem Gefallen wieder nehmen konnte[94]). Nur ein Fall war in den Gesetzen ausgenommen, nämlich, wenn das Nebenvermögen der Frau in ausstehenden Schuldposten (nominibus) bestand, und sie dieselben ihrem Mann in dem Ehevertrage zur Verwaltung überlassen hatte, in welchem Falle alsdann der Mann ohne einer weitern Cautionsleistung in eigenem Namen zugelassen wurde[95]). Allein nach dem heutigen Rechte kommt es darauf an, ob nach den besondern Gesetzen eines Landes dem Ehemann auch von dem Paraphernalvermögen der Ehefrau nicht nur die Verwaltung sondern auch die Nutznießung zusteht, wie z. B. in Sachsen, oder nicht. In dem erstern Falle handelt der Ehemann als gesetzlicher Verwalter für seine Frau vor Gericht, ohne sich auf einen vermutheten Auftrag berufen zu dürfen[96]). In dem andern Falle hingegen hat entweder die Frau dem Mann

93) *L.* 21. *Cod. de procurat.*

94) *L.* 8. *Cod. de pact. convent.* HENNE cit. Diss. §. 10. Dapp §. 420—423.

95) *L. ult. Cod. de pact. convent.* CIPHANIUS ad L. 21. Cod. de procurat. nr. 8. in *Lectur. Altorfin.* pag. 93.

96) HENNE cit. Diss. §. 11. Dapp §. 424.

Mann die Verwaltung ihres Paraphernalvermögens überlassen, oder nicht, sondern sich dasselbe zur freyen Disposition vorbehalten. In jenem Falle handelt der Mann in Ansehung dieser Güter als bestellter Verwalter, in diesem hingegen vermöge eines vermutheten Auftrags[97]). Zu den vermutheten Sachwaltern gehören

4) auch die Theilnehmer an einem Rechtsstreite[98]), (consortes litis) worunter diejenigen verstanden werden, welche vor einem und eben demselben Richter, und aus einem und eben demselben Rechtsgrunde klagen oder belangt werden, und welche daher der Gegenstand des Rechtsstreits gemeinschaftlich angeht, oder, wie Cujaz[99]) sich ausdruckt, quorum communis est res in iudicium deducta. Es ist also zur Theilnehmung an einem Rechtsstreite im rechtlichen Verstande nicht genug, daß etwa ein Theil von dem Ausgange der Sache auf irgend eine Art Vortheil zu hoffen, oder Nachtheil zu fürchten habe, sondern es wird, wie das Gesetz[100]) sagt, ein *negotium commune*, das ist, ein gemeinschaftlicher Rechtsstreit erfordert,

97) LAUTERBACH Colleg. Pandectar. h. t. §. 23. *de* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol V. Specim. CCCII. med. 1. et 2. Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses §. 45. a. Not. II. und §. 2153. nn. Danz §. 140. Jedoch wollen einige diesen Unterschied verwerfen, und behaupten, daß in Ansehung der Paraphernalgüter und Spielgelder der Frau der Mann wirklich bevollmächtiget seyn müsse. PUFFENDORF Tom. I. Obs. 12. und Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 84. Not. c.

98) *L. 2. Cod de Consort. eiusd. lit.*

99) Paratitl. Cod. h. t.

100) *L. 2. Cod. cit.*

in welcher Bedeutung das Wort *negotium* auch in andern Gesetzstellen [1]) vorkommt. Dieses ist nun der Fall bey mehreren Miterben, oder mehreren Bürgen, oder Gesellschaftern [2]). Dahingegen können diejenigen, welche sich in einen Rechtsstreit freywillig in der Absicht einmischen, um einem oder dem andern der streitenden Theile bey der Verfolgung seines Rechts beyzustehen, (accessorie intervenientes) nicht als Consortes litis angesehen werden, weil zwischen ihnen und der streitenden Hauptparthey, die sie zu vertreten suchen, keine Gemeinschaft in Ansehung des Gegenstandes des Rechtsstreites ist, sondern zwischen beyden gemeiniglich ganz verschiedene Rechte statt finden [3]); wenn gleich **Wernher** [4]) andererer Meinung ist. Ob, bey einer in Proceß befangenen Gemeinheit, die einzelnen Mitglieder derselben, als Theilnehmer am Rechtsstreite, vermöge eines vermutheten Auftrags, für die Gemeinheit vor Gericht handeln können? ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige lassen sie zu [5]), andere [6]) nicht.

1) *L.* 3. *Cod. de in litem dando tutor. L.* 3. *Cod. de fruct. et lit. expens.*

2) *L.* 5. §. 1. *D. iudicatum solvi.*

3) S. *Eberh. Christph.* CANZ Diss. de uno ex pluribus consortibus suo, non simul alieno nomine agente. *Tübing. 1766.* §. 4. HENNE cit. Diss. §. 14. **Dapp** §. 430. u. 431.

4) Observat. for. Tom. II. Part. VI. Obs. 261.

5) Z. B. CARPZOV Decis. 205. et in Processu Tit. V. Art. 6. nr. 62. und BRUNNEMANN in Comm. ab Rubr. Tit. D. quod cuiusq. universitat. nom.

6) BERGER Resolut. *Lauterbach.* pag. 90. nr. 3. KLOCK Vol. III. Consil. CLIII. nr. 89. SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 56. MENCKEN in Iuris controv. Decad. I. Controv. 2 u. a. m.

nicht. Die richtigste Meinung, welche auch unser Verf. Not. s annimmt, ist wohl unstreitig die, wenn man unterscheidet, ob das Recht der Gemeinheit, worüber gestritten wird, ein solches ist, wovon jedem einzelnen Mitgliede derselben ein gemeinschaftlicher Genuß zusteht, oder ob es nur die universitatem qua talem und im Ganzen angeht. Im ersten Falle, z. E. wenn über gemeinschaftliches Huth- und Weiderecht gestritten wird, sind einzelne Mitglieder, als litis consortes, allerdings zuzulassen, im letztern Falle aber ohne Vollmacht nicht, z. B. wenn der Streit die der universitati zustehende Jurisdiction, oder das Patronatrecht, u. d. betrifft [7]). Da nun also den Theilnehmern an einem Rechtsstreite verstattet ist, vermöge eines vermutheten Auftrags, in der übrigen Namen vor Gericht zu handeln, so entsteht weiter die Frage, ob Consortes litis auch schon vor der Litiscontestation, oder erst nach derselben zuzulassen seyn? Auch diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Die meisten behaupten das letztere, und erklären die Worte: *post litem legitime ordinatam*, welche in der L. 2. C. de consortib. eiusd. litis vorkommen, von der Litiscontestation [8]). Es kommt also hier auf die Erklärung dieser

7) *L.* 7. §. 1. *D. Quod cuiusq. universf. nomine.* STRYK Us. mod. Pandect. Lib. III. Tit. 4. §. 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. X. med. 1. RIVINUS in Specim. exception. for. Cap. VII. nr. 30. et in Enunciat. iuris Tit. VII. Enunc. 13. BERGER Oeconom. iur. Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 7. und besonders HENNE cit. Diss. §. 14.

8) VULTEIUS Tr. de iudiciis Lib. II. cap. 7. nr. 437. seqq. LAUTERBACH Diss. de cautione rati, a coniunctis praestari solita §. 29 — 32. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 11. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 7. Estor in den An-

dieſer Worte um ſo mehr an, da ſie in der Originalverordnung der Kaiſer Valentinian und Valens [9]) nicht ſtehen, ſondern von Tribonian abſichtlich beygefügt worden ſind [10]). Nun iſt zwar nicht zu läugnen, daß in den Geſetzen lis ordinata von der lite conteſtata unterſchieden wird [11]), und die ordinatio, oder, wie ſie auch genennt wird, praeparatio litis [12]) eigentlich darin beſtand, wenn dasjenige geſchehen war, was ſowohl zur Berichtigung der Perſon der ſtreitenden Theile, als zu deren und des Gerichts Sicherſtellung gehörte, und was überhaupt geſchehen mußte,

Anfangsgründen des gemeinen und Reichsproceſſes 1. Th. §. 45a Not. 1. nr. 4. *Fratr.* BECMANNI in Conſil. et Deciſion. Part. II. Deciſ. 78. nr. 6. pag. 328. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 433.—443. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 84. Nr. 3. Danz Grdſ. des gem. ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 141. u. a. m.

9) Die Originalverordnung iſt *L. 2. Cod. Theod. de cognitor. et procurator.* und lautet ſo: Commune negotium et quibusdam abſentibus agi poteſt, ſi praeſentes *rem ratam dominum habiturum*, cavere parati ſunt: vel, ſi quod ab his petitur, *iudicatum ſolvi* ſatisdatione firmaverint.

10) S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. cit. 2. Cod. Theodoſ. de cognitor. et procurator. Tom. I. pag. 168.

11) *L. 8. pr. et §. 1. D. de inoff. teſtam. L. 7. §. 5. L. 24. et 25. D. de liber. cauſa L. 1. C. Qui dari tut. L. 4. Cod. ne de ſtatu defunctor. L. 14. Cod. de liber. cauſa* und FESTUS de Verb. Signiſicat. voc. *conteſtari*, welcher ausdrücklich ſagt, daß die litis conteſtatio erſt *ordinato iudicio* erfolgt ſey.

12) *L. 7. in fin. D. de lib. cauſa.*

mußte, ehe lis contestirt werden konnte[13]). Daher behaupten auch mehrere Rechtsgelehrten[14]), daß eben diese Bedeutung bey der Erklärung der angeführten L. 2. Cod. Iust. de consort eiusd. lit. zum Grunde zu legen sey, und wollen demnach die Theilnehmer an einem Rechtsstreite schon vor der Litiscontestation, als vermuthete Sachwalter, für einander um so mehr zulassen, weil die von vermutheten Sachwaltern wegen der Genehmigung zu leistende Sicherheit auch vor der Litiscontestation bestellt werden müsse[15]). Allein erwägt man, daß die satisdatio ratihabitionis und de iudicato solvendo zur ordinatio iudicii in der angeführten Bedeutung gehörte, und daß dessen ungeachtet in unserm Gesetz gesagt wird, daß litis consortes erst *post litem legitime ordinatam* gegen jene Caution zugelassen werden solle; bedenkt man ferner, daß, wenn von der Litiscontestation eben das, was nach derselben, hätte Rechtens seyn, und ein Theilnehmer an einem Rechtsstreite sowohl vor als nach der Litiscontestation, vermöge eines vermutheten Auftrags, zugelassen werden sollen, nicht nöthig gewesen wäre,

13) *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XVIII. cap. 23. und *Car. God.* WINCKLER Diss. de discrimine inter litis contestationem iure veteri ac hodierno, et utriusque effectibus. *Lipsiae 1751.* Sect. I. §. 5.

14) CUJACIUS in Paratitl. Cod. de consortibus eiusdem litis. PEREZ Praelect. in Cod. eod. tit. §. 2. GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 2. Cod. Theodos de cognitor. et procurat WISSENBACH in Comment. in libr. VII. Cod. Iustin, Lib III. Tit. 40. pag. 206. BERLICH P. I. Conclus. XIV. nr. 54. WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Observat. 305. nr. 82. et 83. HENNE cit. Diss. §. 15. und BREUNING §. 9.

15) *L. 40. §. 3. D. de procurat.*

wäre, dem Gesetz die Worte: *post litem legitime ordinatam*, die in der Originalverordnung, wie schon oben bemerkt worden, nicht standen, bey dessen Aufnahme in den justinianeischen Codex absichtlich beyzufügen; so verdient wohl die erstere Meinung um so mehr den Vorzug vor der letztern, weil von einer Rechtssache eigentlich erst dann gesagt werden kann, daß sie nach allen ihren Theilen *legitime* ordinirt sey, wenn die Litiscontestation geschehen ist [16]). Endlich pflegt man zu den vermutheten Sachwaltern

5) auch noch diejenigen zu zählen, welche die zu der streitigen Rechtssache gehörigen Urkunden in Händen haben [17]). Allein nach dem römischen Rechte findet bey diesen kein vermutheter Auftrag statt, und die Reichscammergerichtsordnung [18]) verordnet ausdrücklich, daß derjenige, welcher Urkunden, die zur Entscheidung der Sache gehören, in Händen hat, nur zu den vorbereitenden Theilen des Processes, und unter der Bedingung zugelassen werden solle, daß er zu den Verhandlungen, welche die Hauptsache angehen, eine wahre Vollmacht bey-

16) VULTEIUS in Tract. de iudiciis Lib. II. cap. 7. nr. 444. seqq.

17) BRUNNEMANN in Comment. ad L. 1. Cod. de procurat. MEVIUS Part. III. Decis. 23. GAIL Lib. I. Observ. 133. nr. 4. LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 25. LEYSER Specim. LIII. medit. 3. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 9. Estor in den Grundsätzen des gemeinen und Reichsprocesses §. 45. a. Not. I. nr. 5. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 84. HENNE cit. Diss. §. 16. und BREUNING cit. Diss. §. 10.

18) 1. Th. Kap. 21. §. 2. (in der neuen Sammlung der Reichsabschiede 3. Th. S. 60.)

beybringe, worin zugleich dasjenige, was er bisher verhandelt hat, genehmiget werde; dahingegen ein vermutheter Sachwalter nach dem römischen Rechte nicht nur im Anfange des Rechtsstreites, sondern auch noch nachher gegen die bestellte Sicherheit wegen der Genehmigung zugelassen wird, ohne daß er erst noch eine wahre Vollmacht beybringen darf [19]).

Uebrigens ist noch zu bemerken,

1) daß diejenige Parthey, in dessen Namen der vermuthete Sachwalter handeln will, fähig seyn müsse, einen gerichtlichen Sachwalter zu bestellen [20]). Es bringt dieses schon die Natur der Sache selbst mit sich, daß man die Ertheilung eines Auftrags bey dem nicht vermuthen kann, der einen Procurator zu bestellen unfähig ist. Also für einen Rasenden, oder Wahnwitzigen, oder Unmündigen wird ein vermutheter Sachwalter nicht zugelassen. Es läßt sich auch von solchen Personen keine Ratihabition erwarten, wegen welcher doch der vermuthete Sachwalter Caution leisten muß [21]).

2) Wird

19) *L.* 35. *pr.* und *L.* 40. §. 4. *D. h. t.* Dapp in dem angef. Versuche §. 448. — 450.

20) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 26. STRYK Us. mod. Pandect. T. III. Lib. XLVI. Tit. 8. §. 4. LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. 16. HERT Decis. 578. RIVINUS Enunciat. Iuris Tit. VII. En. 14. WILLENBERG Select iurisprud. civ. P. II. Exercitat. XLV. §. 11. und Dapp §. 467. S. 324. Man sehe hier auch noch vorzüglich nach des Herrn Geh. Justizraths Klein merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristenfacultät 1. Band. (Berlin u. Stettin 1796. 8.) Nr. XLI. §. 25. S. 332.

21) Das Gegentheil behaupten WERNHER Tom. II. P. VI. Obs. 353. Knorr in der Anleitung zum gerichtlichen Proceß B. 1.

Hp ist

2) Wird erfordert, daß derjenige, dessen gerichtliche Geschäfte der vermuthete Sachwalter besorgen will, nicht einen entgegengesetzten Willen erklärt habe, welches auch stillschweigend dadurch geschehen kann, wenn er einen andern Sachwalter bevollmächtiget hat. Denn wenn gleich ein vermutheter Sachwalter den Willen desjenigen, für welchen er erscheint, nicht zu beweisen hat, so darf er doch auch nicht wider desselben Willen erscheinen. Treten daher gegründete Gegenvermuthungen ein, so wird derjenige, der sonst eine muthmaßliche Vollmacht hat, in keinem Falle, auch nicht einmal gegen Sicherheitsleistung wegen der Genehmigung, zugelassen[22]).

3) Muß die Sache selbst, welche der vermuthete Sachwalter besorgen will, überhaupt einen Procurator zulassen. Endlich

4) erstreckt sich ein jeder muthmaßlicher Auftrag nur auf solche Handlungen, welche keinen besondern Auftrag erfordern[23]). So z. B. kann kein vermutheter Sachwalter dem Gegentheil seiner Parthey den Eid zuschieben, oder Documente anerkennen[24]).

§. 389.

Hptst. 4. §. 7. SCHAUMBURG Princip. prax. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. 2. Cap. II. §. 7. HENNE cit. Diss. § 20. und Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 142.

22) *L. 40. §. fin. D. h. t.* HENNE §. 18. Dapp §. 469. Danz §. 141. am Ende.

23) *L. 26. et. L 27. pr. D. de minor.* HENNE §. 19. Claproth Einleit. in den ord. bürg. Proceß 1. Th. §. 84. S. 353. Dapp §. 514. u. folgg.

24) WERNHER Tom. I. P. I. Observat. 313. et Tom. I. P. VI. Obs. 416. RIVINUS Specim. except. for. Cap. VII. nr. 16. et 18.

§. 389. u. 390.

Unterschied zwischen gerichtlichen und ausser gerichtlichen Anwälden in Absicht auf das *dominium litis*. Wirkungen und heutiger Gebrauch desselben. Unterschied zwischen Sachwaltern und Advocaten.

Schon oben (§. 386. S. 220.) sind die Procuratoren in Rücksicht der Geschäfte, welche sie besorgen, in gerichtliche und außergerichtliche eingetheilt worden. Der Hauptunterschied zwischen beyden besteht nach dem Röm. Rechte darin, daß gerichtliche Sachwalter vermöge einer rechtlichen Fiction für Eigenthümer des Rechtsstreits gehalten werden, dahingegen bey außergerichtlichen Anwälden ein solches erdichtetes Eigenthumsrecht in Absicht des ihnen übertragenen Geschäfts nicht statt findet [25]). Nach dem ältern römischen Rechte wurde nämlich gar kein Procurator vor Gericht zugelassen, sondern jede streitende Parthey, sowohl der Kläger, als der Beklagte, mußte in Person erscheinen, und seine gerichtliche Angelegenheiten selbst besorgen [26]). Der Grund hiervon lag in der besondern Beschaffenheit des alten römischen Proceßes [27]). Denn dieser war durchaus

25) Ein anderes behauptet zwar WESENBEC. ad Pandect. h. t. nr. 8. dem auch HAHN in Notis ad *Eundem* beystimmt. Allein diese Meinung haben schon längst SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. Th. 51. *Io. Henr.* BERGER in Diss de dominio litis. *Vitemb. 1696.* §. 19. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. eiusd. arg. *Halae 1709.* Cap. I. §. 28. und Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 63. Not. v. S. 41. widerlegt.

26) *Princip. I. de iis, per quos agere possum. L.* 123. *D. de Reg. iuris.*

27) *L.* 2. §. 6. *D. de orig. iur.*

aus formulariſch, und zwar waren die Formeln der Klagen und Einreden ſo gefaßt, daß ſie die Gegenwart der Partheyen ſchlechterdings nothwendig machten [28]). Nur einige wenige Fälle waren ausgenommen, wo es nicht möglich war, daß die Parthey in Perſon erſcheinen konnte. Dahin gehörte, wenn der Proceß das ganze Volk, oder die Freyheit eines Menſchen, oder eine Vormundſchaftsklage betraf. In dieſen Fällen ward ein Sachwalter zugelaſſen [29]). Weil es jedoch für die Partheyen eine nicht geringe Beſchwerlichkeit war, daß ſie ſich keines Sachwalters bedienen durften, ſondern in Perſon ſowohl klagen, als auch gegen die Klage ſelbſt excipiren mußten, ſo ließ man endlich aus Nothwendigkeit Procuratoren zu, und half ſich mit einer Fiction, vermöge welcher man annahm, als ob der Procurator ſelbſt Eigenthümer des Rechtsſtreits ſey, der nicht ſowohl im fremden, ſondern vielmehr im eigenen Namen handele. Anfangs ſcheint es indeſſen nur eigentlich in dem Falle erlaubt geweſen zu ſeyn, Sachwalter zu gebrauchen, wenn eine Parthey wegen Krankheit, Alter, oder Abweſenheit wirklich auſſer Stande war, ſelbſt vor Gericht zu handeln [30]). Allein in der Folge wurde die Zu-

28) So z. E. braucht bey dinglichen Klagen der Kläger die Formel: Hunc *ego* hominem ex iure Quiritium *meum eſſe aio*; oder aio, ius *mihi eſſe* ire, agere *per fundum tuum*, oder aio, *tibi* ius non eſſe, tignum immiſſum habere. Der Beklagte hingegen antwortete: immo *meum eſſe* aio, oder immo ius *mihi eſſe aio*. Bey Perſonalklagen ſagte der Kläger zu dem Beklagten: Aio, *te mihi* dare oportere, oder aio, *te mihi* centum debere ex mutuo. S. BRISSONIUS de formulis. Lib. V.

29) *Princ. l. de iis, per quos agere poſſ.*

30) *Princip. alleg.*

Zulassung der Sachwalter in bürgerlichen Rechtssachen so allgemein, daß es zur Ausnahme von der Regel gehörte, wenn eine Sache durch einen Sachwalter nicht besorgt werden konnte [31]). So wie nun aber, um das Eigenthum einer Sache zu erwerben, ein rechtmäßiger Erwerbungsgrund (iustus titulus), und eine dazu geeigenschaftete Erwerbungsart (modus acquirendi) erfordert werden [32]); so vertrat bey der Erwerbung des dominii litis der dem Sachwalter von der Parthey ertheilte Auftrag die Stelle eines Rechtstitels, die Litisconteſtation aber die Stelle der Erwerbungsart, oder einer Quaſitradition [33]). Bey einem Defensor hingegen ersetzte die satisdatio rati oder de iudicato solvendo den Mangel des Auftrags, welche daher vor der Litisconteſtation präſtirt werden muſte [34]). Die Wirkungen des dominii litis beſtanden nun nach dem römiſchen Rechte darinn.

1) Der Procurator hatte das Recht, einen andern Bevollmächtigten an seine Stelle zu ſetzen [35]).

2) Durch den Tod des Principals erloſch die Vollmacht nicht, ſondern der Procurator konnte auch nach dem Tode des Principals den Proceß continuiren [36]).

3) Der Principal durfte nach der Einlaſſung auf die Klage ohne Einwilligung des Procurators nichts für ſich allein in der Sache vornehmen [37]).

31) *L.* 2. *et* 26. *C. h. t.* BOEHMER cit. Diſſ. Cap. I. §. 20—22.

32) *L.* 31. *D. de acquir. rer dom. L.* 20. *Cod. de pactis.*

33) *L.* 22. *Cod. de procurat.* BOEHMER cit. Diſſ. Cap. I. § 26.

34) *L.* 40. §. 3. *D. h. t.* BOEHMER c. l. §. 27.

35) *L.* 23. *C. h. t.*

36) *L.* 23. *C. h. t.*

37) L. 22. *C. eod.*

4) Die Vollmacht konnte auch nicht anders, als aus wichtigen Urſachen, und nach vorausgegangener Unterſuchung vom Principal revocirt werden [38]).

5) Die Sentenz wurde auf den Namen des Procurators gerichtet [39]) Daher hatte

6) bey einer actione famoſa die Wirkung der Ehrloſigkeit nicht ſtatt [40]); und

7) die actio iudicati konnte ſowohl von dem Procurator, als gegen ihn angeſtellet werden [41]).

Das päbſtliche Recht hat dieſe Grundſätze beſtätiget [42]), und auch die Reichsgeſetze ſprechen an mehreren Orten [43]) von dieſem Eigenthume des Rechtsſtreits. Daher vertheidigen mehrere Rechtsgelehrten [44]) den heutigen Gebrauch deſſelben. Allein der Gerichtsgebrauch ſtimmt mit dieſer Meinung nicht überein, nach welchem auf

38) *L.* 17. *D. h. t.*

39) *L. un. C. de Satisdat.* L. 1. C. de Sentent. et interlocut.

40) *L.* 6. §. 2. *D. de his, qui not. infam.*

41) *L.* 28. *D. h. t.* Klagte jedoch der Procurator actione iudicati, ſo konnte ihm die exceptio doli entgegen geſetzt werden, wenn er kein Procurator in rem ſuam war. cit. *L.* 28. *h. t.* GIPHANIUS ad h. Leg.

42) *Cap.* 1. *de procurat. in* 6.

43) Reichsabſch. von 1507. Tit. 35. §. 6. Deput. Abſch. von 1600. § 73. K. Cammergerichtsord. Th. I. Tit. 32. §. 9. und 10.

44) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 38. CARPZOV P. I. Conſt. I. Definit. 22. nr. 2. BERGER Diſſ. de dominio litis. §. 31. et §. 35. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 230. *Frid. Ill.* PESTEL Diſſ. de Procuratoribus § 4 u. a. m.

auf die Wirkungen des dominii litis heut zu Tage keine Rücksicht mehr genommen wird [45]).

Uebrigens ergiebt sich nun hieraus zugleich, wie Procuratoren und Advocaten von einander unterschieden sind [46]). Ein Advocat repräsentirt seinen Clienten nicht, wie ein Procurator seinen Principal, er bekommt daher auch keine Vollmacht, sondern unterrichtet seinen Clienten blos durch mündlichen Rath, oder setzt ihm die Schriften auf, die er vor Gericht zu übergeben hat. (§. 359.) Der Advocat muß daher ein Rechtsgelehrter seyn, welches hingegen zu einem gerichtlichen Sachwalter nicht schlechterdings erforderlich ist [47]). Denn auch ein Ungelehrter kann ja eine Proceßschrift übergeben, oder die Publication einer Sentenz anhören, u. d. m. Ein Advocat leistet ferner keine Caution [48]), wird auch nicht, wie der Procurator, Eigenthümer des Rechtsstreits [49]), und dergleichen mehr [50]).

45) *I. H.* BOEHMER cit. Diss. Cap. III. §. 3. seqq. HOFFMANN cit. Diss. de orig. et condit. procurator. Cap. IV. §. 11 — 13. REINHARTH select. Observat. ad *Christianei* Decisiones Vol. I. Obs. 58 WINCKLER D. de diserim. litis contestationis vet. et hod. Sect. III. §. 6. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 86. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1178. Danz Grundsätze des ord. bürg. Proceßes §. 43.

46) Sehr ausführlich handelt hiervon GIPHANIUS in Lectur. Altorphin. pag. 3. seqq.

47) *L.* 11. *C. de advocat. div. iudicior.*

48) *Vid. Tit. I. de satisdat.*

49) *L.* 1. *C. de error. advocator.*

50) S. DONELLUS in commentar. iuris civ. Lib. XVIII. Cap. 3. pag. 1016.

§. 391.

Unterschied zwischen Procuratoren und Actoren.

Ein gerichtlicher Procurator muß ferner von einem Actor unterschieden werden. Ein Procurator kann nämlich nur von dem bestellet werden, welcher Eigenthümer von der in Frage stehenden streitigen Rechtssache ist. Wer hingegen nicht von dem Eigenthümer selbst, sondern von einem solchen, welcher desselben Vermögen zu verwalten berechtiget ist, zur Besorgung der in sein Amt einschlagenden gerichtlichen Geschäfte ist bestellet worden, wird ein Actor, und die einem solchen Anwald ausgestellte Vollmacht *Actorium* genennt. So können z. B. Vormünder in Sachen ihrer Pupillen keine eigentliche Procuratoren, sondern nur Actoren ernennen [51]). Das römische Recht macht zwar eine Ausnahme bey solchen Vormündern, welche Anfangs die Rechtssache ihres Pupillen vor Gericht selbst betrieben, und litem contestirt haben [52]). Denn da solche Vormünder durch die Litiscontestation das Eigenthum des Rechtsstreits, und hierdurch auch ein gesetzliches Substitutionsrecht erlangten [53]), so mußte ihnen nothwendig auch nach der Litiscontestation die Befugniß, einen Procurator zu ernennen, zustehen. Allein da die Wirkungen des dominii litis heutiges Tages überhaupt wegfallen, (§. 390.) so können sie

51) *L.* 11. *Cod. h. t.* Es wird jedoch dazu noch der *L.* 24. *pr. D. de admin. et peric. tut.* ein decretum Praetoris erfordert.

52) Cit. *L.* 11. *C. h. t.*

53) *L.* 11. *pr. D. de doli mali et met. excep. L.* 4. §. fin. *D. de appellat. et relat. L.* 23. *C. h. t.* GIPHANIUS ad L. 11. C. h. t. in Lectur. Altorphin. pag. 89.

sie auch bey Vormündern nicht mehr statt finden, wofern dem Vormund nicht in dem Tutorio oder Curatorio die Befugniß, einen andern Sachwalter zu substituiren, ausdrücklich ist eingeräumt worden [54]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß der von einem Vormund ernannte Actor, zu seiner Legitimation, nicht nur die auf ihn ausgestellte Vollmacht (actorium), sondern auch ein Zeugniß, daß derjenige, von welchem er den Auftrag erhalten, rechtmäßiger Vormund sey, (Tutorium, oder Curatorium) beybringen müsse [55]); wofern nicht etwa der Vormund von eben demjenigen Gericht, vor welchem die dem Actor übertragene Rechtssache anhängig ist, zum Vormund selbst verordnet oder bestätiget worden, in welchem Falle der von dem Vormund aufgestellte Anwald durch das ihm ertheilte Actorium hinlänglich legitimirt ist, ohne daß die Beybringung eines Tutorii oder Curatorii weiter erfordert wird, weil hier dem Gerichte die Eigenschaft des Gewaltgebers ohnedem bekannt seyn muß [56]).

Ob ein Vater in Sachen, die das Vermögen seiner noch in väterlicher Gewalt stehenden Kinder betreffen, einen eigentlichen Procurator, oder nur einen Actor bevollmächtigen könne? hängt von dem Unterschiede folgender Fälle ab.

54) BOEHMER Diss. de dominio litis. Cap. III. §. 10. Anderer Meinung ist jedoch Dapp in dem angef. Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß §. 76. Not. f.

55) von Hanzely Fortsetzung der Grundlinien der heutigen Reichshofrathspraxis Kap. 28. §. 203. in der Anmerk. Hoffmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 207.

56) GAIL Lib. II. Observat. 107. nr. 5. Dapp in dem angef. Versuch §. 78.

1) Betrift die Sache das peculium militare des Sohnes, welches derselbe durch eine Kriegsbedienung, oder eine andere öffentliche Charge erworben hat, so ist der Vater zur Bestellung eines Procurators in derselben nicht berechtiget, sondern der Auftrag zur Besorgung einer solchen gerichtlichen Angelegenheit muß von dem Sohne selbst ertheilt werden [57]). Denn in Sachen, welche dieses Vermögen betreffen, hat der Sohn die Rechte eines gewaltfreyen Hausvaters [58]), und kann wegen desselben nicht nur selbst klagen, auch wider den Willen des Vaters [59]), sondern auch belangt werden [60]). Dem Vater hingegen stehen an einem solchen Vermögen gar keine Rechte zu [61]).

2) Rührt hingegen das Vermögen des Sohnes unmittelbar oder mittelbar vom Vater her, (peculium profectitium) so hat der Vater daran ein volles Eigenthumsrecht, und kann daher auch vermöge desselben einen Procurator bestellen, wenn darüber ein gerichtlicher Rechtsstreit entsteht [62]).

3) In Absicht auf das peculium adventitium, welches nicht vom Vater, sondern anders woher erworben ist, kommt es darauf an, ob der Vater die Nutznießung desselben hat, (peculium adventitium ordinarium, s. regulare) oder nicht (peculium adv. irregulare s. extraordinarium).

In

57) *L.* 8. *pr. D. h. t.*

58) *L.* 2. *D. de SCto Macedon.*

59) *L.* 4. §. 1. *D. de castrens. pec.*

60) *L.* 39. *D. de obligat. et action.* *L.* 57. *D. de iudic.*

61) *L.* 10. *D. de castr. pec.* *L.* 3. *in fin. C. eodem.*

62) §. 1. *I. per quas pers. cuique acquir.*

In dem ersten Falle hat der Vater neben der Nutznießung auch ein gesetzliches Verwaltungsrecht in Ansehung eines solchen Vermögens seiner Kinder [63]), und kann daher vermöge desselben nicht nur die Rechtssache seiner Kinder selbst vor Gericht besorgen [64]); sondern auch sowohl vor der Litiscontestation, als nach derselben, einen Procurator, und nicht blos einen Actor bestellen [65]); denn die gesetzliche Administration, die ihm vermöge der väterlichen Gewalt an diesem Vermögen zusteht, ist keine gemeine Verwaltung, so wie sie der Vormund oder ein anderer Administrator hat, sondern sie besteht vielmehr in einem exercitio dominii vicario, welches den Kindern an diesen Gütern zugehört [66]). Hat jedoch der Sohn bereits das vierzehnde Jahr seines Alters zurückgelegt, so ist der Vater bey der Bevollmächtigung eines Sachwalters an die Miteinwilligung seines Sohns, wenn dieser gegenwärtig ist, gebunden [67]). Ausserdem braucht er nicht einmal zu sagen, daß er Namens seiner Kinder vor Gericht erscheine [68]). Wenn hingegen der Vater die Nutznießung von dem peculio adventitio seiner

63) *L.* 1. *C. de bonis matern. L.* 6. §. 2. *Cod. de bon. quae liberis.*

64) *L.* 8. §. 3. *C. de bon. quae liber.*

65) *L.* 1. *Cod. de bon. matern.* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. III Specim. CLXIV. medit. 2. *Aem. Lud.* HOMBERGK ZU VACH Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. *Marburgi* 1753. §. 3. und Dapp in dem angef. Versuch. §. 88.

66) SCHAUMBURG in Compend. Digestor. Lib. XV. Tit. I. §. 11. et 12.

67) *L. ult.* §. 3. *C. de bon. quae lib.*

68) LEYSER cit. loc. und HOMBERGK cit. Diss. §. 14.

Kinder nicht hat, so kann zwar derselbe, wenn er die Verwaltung eines solchen Vermögens übernommen, wozu er, wenn die Kinder noch minderjährig sind, und kein besonderer Curator deßhalb bestellt worden, allerdings befugt ist [69]), zur Betreibung eines darüber entstandenen Rechtshandels einen gerichtlichen Anwald bestellen. Es ist jedoch ein solcher Sachwalter nach der Subtilität des römischen Rechts mehr ein Actor, als Procurator zu nennen, weil dem Vater in Ansehung des peculii adventitii irregularis die Administration anders nicht, als in der Qualität eines gesetzlichen Vormundes zusteht. (S. 46.) Da indessen die Gewalt eines Actors und Procurators in unsern Gerichten fast gar nicht unterschieden ist, so kommt es eben soviel nicht darauf an, wie man den Sachwalter nennt [70]).

§. 392.

Eintheilung der Procuratoren in öffentliche und Privatsachwalter.

Obgleich das Amt eines gerichtlichen Sachwalters an sich kein öffentliches ist, so sind doch in Rücksicht der zur Besorgung gerichtlicher, besonders proceßualischer Geschäfte, erforderlichen Geschicklichkeit, sowohl bey den höchsten Reichsgerichten, als in den meisten teutschen Staaten gewisse dazu tüchtige Personen öffentlich angestellt, und darauf verpflichtet, fremde Angelegenheiten und die Rechtshändel der Partheyen, als Anwälde, vor Gericht zu besorgen. Diese werden öffentliche Sachwalter (procuratores publici)

69) *L. ult.* §. 1. C. *de bon. quae liber.* Dapp in dem angef. Versuch §. 93.

70) HOMBERGK cit. Diss. §. 3.

ci) genennt[71]). Dahin gehören z. B. die Reichshofraths-Agenten, deren gesetzmäsig nicht über dreyßig seyn sollen[72]). Wer an dem kaiserlichen Reichshofrathe eine Sache zu verhandeln hat, muß sich eines von diesem höchsten Reichsgericht angenommenen, und verpflichteten Agenten bedienen. Nur Churfürsten, Fürsten und Stände des Reichs haben das besondere Recht, zur Führung ihrer beym R. H. R. anhängigen Processe eigene Sachwalter zu gebrauchen[73]). Auch bey dem Kaiserlichen und Reichs-Cammergerichte sind solche öffentliche Sachwalter angestellt, deren Anzahl in den neuern Reichsgesetzen ebenfalls auf dreyßig festgesetzt ist[74]). Sie werden Cammergerichtsprocuratoren genennt, und müssen aus dem Collegio der Advocaten gewählt werden, haben daher auch alle die Pflichten, wie die Advocaten, auf sich[75]). Alle Partheyen, die bey dem Reichs-Cammergerichte Processe führen, müssen sich nach der Regel derselben bedienen. Nur bloß die Fürsten, Prälaten, Grafen, Herren, Reichsstädte, und die unmittelbare R. Ritterschaft haben die Freyheit, wenn sie wollen, durch eigene abgeordnete Anwälde ihre Gerichtshandlungen besor-

71) HUBER de procuratoribus publicis, in *Praelect. ad Pand.* h. t. HOFFMANN cit. Diss. Cap. IV. §. 7.

72) S. Malblanks Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Kanzleyverfassung 3. Th. 3. B. 3. Kap. S. 125. ff.

73) Reichs-Hofraths-Ordn. Tit. 7. §. 9.

74) Reichsabsch. von 1570. §. 62. Visitationsabschied von 1713. §. 99. Dapp §. 162. ff.

75) Malblank in der angef. Anleitung 1. Th. §. 115. 117. u. 118.

besorgen zu lassen[76]). In den Preußischen Staaten werden solche Sachwalter, die dazu öffentlich authorisirt sind, den Unterthanen in ihren Processen als Rechtsbeyständе oder Bevollmächtigte zu dienen, Justizcommissarien genennt[77]).

§. 393.

Wer kann das Amt eines gerichtlichen Sachwalters übernehmen, und welche sind von diesem Amte ausgeschlossen?

Ein jeder kann nun der Regel nach das Amt eines gerichtlichen Sachwalters übernehmen, der überhaupt fähig ist, vor Gericht zu handeln, insofern nicht nach besondern Gesetzen noch eigne Qualitäten dazu vorgeschrieben sind[78]). Daher sind von diesem Amte ausgeschlossen Rasende und Wahnwitzige, gerichtlich erklärte Verschwender[79]), Taube und Stumme, in die Acht erklärte, desgleichen Frauenspersonen[80]), ausgenommen 1) wenn sie für ihre Eltern vor Gericht erscheinen, für welche sie aber doch nur dann als Sachwalter zugelassen werden, a) wenn diese nicht selbst im Stande sind, ihre gerichtliche Angelegen-

76) Concept der Cammergerichtsordn. 1. Th. 28. Tit. Dapp §. 166.

77) Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten 3. Th. Tit. 7.

78) *Princ. I. per quos agere poss. Cap. 1. de procurat. in 6to.* Dapp in dem angeführten Versuch §. 125. ff. Danz §. 43. S. 114.

79) *L. 40. D. de reg. iur.* Dapp §. 126.

80) *L. 2. D. de reg. iur. §. 11. I. de Except. L. 54. D. h. t. L. 18. C. eod.*

genheiten zu besorgen, z. B. wenn sie durch Alter oder Krankheit daran verhindert werden; auch b) sich sonst niemand ihrer annimmt, und c) beydes aus der vorausgegangenen Untersuchung richtig befunden worden ist [81]). 2) Kann auch eine Frauensperson für die Freyheit ihrer Kinder, Eltern, Brüder, oder auch ihres Mannes vor Gericht streiten, wenn sonst niemand vorhanden ist, der dieses Geschäft übernehmen will [82]). 3) Erlauben die Gesetze einer Mutter, für ihren Sohn gegen ein demselben nachtheiliges richterliches Urtheil die Appellation einzuwenden [83]); so wie denn auch endlich 4) eine Frauensperson zu ihrem eigenen Vortheil einen gerichtlichen Auftrag ohne Bedenken übernehmen darf [84]); dahingegen sind ausser diesen Fällen Personen weiblichen Geschlechts auch noch heutiges Tages ordentlicher Weise von gerichtlichen Procurationen ausgeschlossen [85]), weil ein Nichtgebrauch des römischen Rechts in Ansehung dieser Lehre unerweislich ist [86]). Minderjäh-

81) *L.* 41. *D. h. t.* Eine Mutter kann jedoch für ihr unmündiges Kind nicht selbst vor Gericht handeln, sondern sie ist in den Gesetzen angewiesen, um einen Vormund für das Kind zu bitten. *L* 18. *C. h. t.*

82) *L.* 3. §. 2. *D. de liberali causa.* In Praxi wendet man dieß auch auf den Fall an, wenn von den oben genannten Personen jemand im Gefängniß ist, und es auf dessen Befreyung ankommt. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 39.

83) *L.* 1. §. 1. *D. de appellat. recip. vel. non.*

84) L. 4. *C. h. t.*

85) WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. IX. Observ. 81.

86) Anderer Meinung ist jedoch *Io. Tob.* CARIACI in Diss. de femina procuratrice ad litem. *Halae* 1751. §. 20. seqq. Allein man sehe dagegen Dapp in dem angef. Versuch §. 151.

jährige scheinen zwar nach dem römischen Rechte zur Uebernehmung eines Auftrags in gerichtlichen Geschäften nicht ganz unfähig zu seyn, wenn sie nur das siebenzehende Jahr ihres Alters zurückgelegt haben [87]). Denn die Gesetze wollen nur nicht, daß sie ohne Auftrag als Defensoren zugelassen werden sollen, weil hier der Minderjährige sich gegen die geleistete Caution de iudicato solvendo wieder in den vorigen Stand könnte einsetzen lassen, und diese Restitution auch den Bürgen zu statten kommt, wodurch also das ganze processualische Verfahren vereitelt werden würde [88]). Dieses ist nun aber freylich nicht leicht zu befürchten, wenn der Minderjährige als Procurator vermöge erhaltenen Auftrags vor Gericht handelt, weil alsdann die actio iudicati gegen seinen Gewaltgeber angestellt wird [89]). Dem sey indessen, wie ihm wolle, so werden Minderjährige wenigstens in dem päbstlichen Rechte [90]) welches vorzüglich in Bestimmung des processualischen Verfahrens den Vorzug vor dem römischen Rechte behauptet [91]), für unfähig erklärt, das

87) §. 5. *I. Quib. ex cauf. manumitt. non licet. L.* 13. *D. de manumiff vindict.* GIPHANIUS ad L. 51. D. h. t in *Lectur. Altorphin.* pag. 63. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 6. HUBER praelection. ad Pandect. h. t. §. 2. *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Iur. Eccleſ. Proteſtant. Tom. I. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 13. LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 40. et. 41. und beſonders *Io. Dan.* GRUBER Diſſ. de minore procuratore. *Halae* 1723. Anderer Meinung ist jedoch Dapp §. 129.

88) *L.* 51. *pr. D. h. t.* GIPHANIUS ad h. L. nr. 2. ſeqq.

89) *L.* 4. *D. de re iudic.*

90) *Cap.* 5. *in fin h. t. in 6to.*

91) CARPZOV P. III. Deciſ. 203. RITTERHUS Differentiae iuris civ. et canon. Lib. V. cap. 12.

das Amt eines gerichtlichen Sachwalters zu übernehmen, und dieses wird auch heutiges Tages nach der Meinung der practischen Rechtsgelehrten als Regel beobachtet [92]). Ferner sind Ehrlose nicht nur nach dem päbstlichen [93]), sondern auch nach dem römischen Rechte ausgeschlossen [94]). Zwar soll nach einer Verordnung des K. Justinians [95]) auf die Einrede der Ehrlosigkeit keine rechtliche Rücksicht genommen werden, wenn sie auf einer weit aussehenden Erörterung beruht, damit nicht das processualische Verfahren in der Hauptsache dadurch aufgehalten werde, während dem über das Factische jener Einrede gestritten wird. Allein wenn die vorgeworfene Ehrlosigkeit bekannt ist, oder wenigstens gleich erwiesen werden kann, so hat es keinen Zweifel, daß einem solchen Sachwalter nicht nur von der Gegenparthey desselben die Einrede der Ehrlosigkeit entgegen gesetzt, sondern derselbe auch sogar von richterlichen Amtswegen weggewiesen werden könne [96]). Weiter sollen auch diejenigen, welche die Gegenparthey an Macht, Reichthum und Ansehen übertreffen, (potentiores) nicht wider dieselbe als gerichtliche Sachwalter zugelassen werden [97]).

Noch

92) BOEHMER c. l. §. 13. nr II. pag 908. BERGER Elect. disceptat. for. Tit. III. Obs. 2. HOFFMANN Diss. de origine et condit. procurator. Cap. IV. §. 7. pag. 43. WIESAND Opusc. iurid. Specim. 9. Obs. 1. pag. 113.

93) *Can. 1. et 2. Cauf. III. Qu. 7.*

94) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 8. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. b. Dapp §. 131.

95) §. *ult. I. de Exception.*

96) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 19.

97) *Tot. Tit. Cod. ne liceat. potent.* WERNHER T. I. P. I. Obs. 283. Dapp §. 153. Man pflegt jedoch solche Anwälde heut

zu

Noch weniger dürfen Soldaten, die noch in Dienſten ſtehen, Aufträge in gerichtlichen Sachen annehmen; ſie ſollten vielmehr, wenn auch die Gegenparthey deßfalls nichts eingewendet hätte, doch ſchon von richterlichen Amtswegen abgewieſen werden [98]). Es wäre denn, daß der Auftrag blos zu ihrem eigenen Vortheil gereichte, oder die Sache, deren gerichtliche Betreibung ſie übernommen, ihr Regiment oder Compagnie beträfe [99]). Hier müſſen ſie als Sachwalter zugelaſſen werden, auſſerdem aber nicht, wenn ſie auch nur für ihre leibliche Eltern oder für ihre Frau erſchienen [100]). Wäre jedoch dem Sachwalter weder von der Gegenparthey die Einrede der Unfähigkeit bey der Litisconteſtation entgegen geſetzt, noch auch derſelbe vom Richter removirt worden, ſo iſt das proceſſualiſche Verfahren deßwegen nicht für ungültig zu halten [1]). Endlich ſollen ſich auch Geiſt-

zu Tage zuzulaſſen, wenn gegen ihre Perſon nicht excipirt wird. *Mich. Gottfr.* WERNHER in lectiſſ. comment. ad Pand. h. t. §. 6.

98) *L.* 8. §. 2. *D. h. t. L.* 54. *D. eod.* §. 11. *I. de except. L.* 5. *C. de condict. cauſ. dat.* Der Grund dieſes geſetzlichen Verbots iſt ohnſtreitig der, damit nicht durch die Betreibung fremder gerichtlicher Angelegenheiten der Dienſt zum Nachtheil des Staats leiden möchte. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora. Exerc. IV. §. 13. pag. 100. Daher wird es den Veteranen, welche nach Endigung ihrer Dienſtzeit den Abſchied erhalten haben, ausdrücklich erlaubt, als Procuratoren vor Gericht zu handeln. *L.* 8. §. 2. *D. h. t.*

99) *L.* 8. §. 2. *D. cit.*

100) §. 11. *I. de Except. L.* 7. *C. de procurator.*

1) *L.* 8. §. 2. *D. h. t.* — niſi hoc, tempore litis conteſtatae, quocunque caſu praetermiſſum eſt. CIPHANIUS in Lecturis Altorph. pag. 18. nr. 18.

Geistliche mit gerichtlichen Procurationen weltlicher Rechtshändel nicht abgeben, weil darunter die ihnen obliegende Seelsorge leiden würde [2]). In Sachen ihrer Kirche, so wie auch für nahe Anverwandte, und mitleidswürdige Personen werden sie jedoch als Sachwalter zugelassen, weil ihnen in solchen Fällen auch das Postuliren vor Gericht erlaubt ist. (§. 363.) Daß übrigens ein Sachwalter noch unter der väterlichen Gewalt steht, hindert an sich an der Zulassung vor Gericht nichts [3]); weil ein filiusfamilias in Sachen, die ausser der Familie vorgehen, und wobey der Vater weder concurrirt, noch deshalb verantwortlich wird, die Rechte eines freyen Hausvaters genießt [4]).

§. 394.

Wer kann einen Procurator bestellen?

Das Recht, einen gerichtlichen Sachwalter zu bestellen, kommt einem jeden zu, welcher Eigenthümer der in Frage stehenden streitigen Rechtssache ist, in sofern er deswegen entweder selbst klagen, oder allein belangt werden kann [5]). Wer also die Fähigkeit vor Gericht zu handeln entweder gar nicht hat, oder wenigstens nicht allein vor Gericht handeln kann, kann auch entweder gar keinen Sachwalter ernennen, oder solches wenigstens nicht für sich allein thun. Dahin gehören nun

1) die-

2) *Nov.* 123. *Cap.* 6. *Cap.* 2. *et* 4. *X. ne cler. vel monachi sec. negot.*

3) *L.* 8. *pr. D. h. t.* Ipse quoque filius procurator dari poterit et ad agendum et ad defendendum.

4) *L.* 9. *D. de his, qui sui vel alien. iuris sunt.*

5) *L.* 8. *pr. D. h. t. L.* 17. §. 20. *D. de iniur.* VOET h. t. § 2. SCHULTING Prot. h. t. §. 4.

1) diejenigen Personen, welche unter der Vormundschaft stehen. Von diesen sind

a) zur Bestellung eines Sachwalters ganz unfähig: Rasende und Wahnwitzige, außer wenn diese Personen vernünftige Zwischenzeiten haben [6]); desgleichen Kinder, welche das siebende Jahr noch nicht zurück gelegt haben. Für diese handelt entweder der Vormund selbst vor Gericht, oder er bestellt ihnen einen Actor. Taube und stumme Personen gehören in diese Classe nur in sofern, als sie den gehörigen Gebrauch des Verstandes nicht haben, sonst ist ihnen nicht verboten, einen Procurator zu bestellen, wenn sie nur auf irgend eine Art im Stande sind, ihren Willen zu erkennen zu geben [7]). Denn unter dieser Einschränkung können sie Consensualcontracte schließen [8]), folglich auch einen Auftrag in gerichtlichen Geschäften ertheilen [9]).

b) Nicht ohne vormundschaftliche Einwilligung hingegen können einen gerichtlichen Sachwalter bestellen,

1) Unmündige und Minderjährige [10]). Denn solche Personen sind auch ohne Beystand ihrer Vormünd-

6) Dapp §. 103.

7) *L.* 43. *pr. D. h. t.* Mutus et surdus *per eum modum, qui procedere potest*, d. i. wie POTHIER in Pandectis Iustin. T. I. h. t. nr. XIX. not. f. sagt: *quocunque modo suam potest de ea re declarare voluntatem*) procuratorem dare non prohibetur. Man sehe auch *Ant.* FABER in Rational. ad h. L.

8) *L.* 4. §. 1. *D. de pact. L.* 48. *D. de Obligat. et act. L.* 124. *pr. D. de Reg. iur.*

9) Dapp §. 104.

10) *L.* 11. *Cod. h. t.*

münder nicht vor Gericht zu erscheinen fähig [11]). Hätte indessen ein Minderjähriger auch allein und ohne seinen Curator einen Sachwalter bestellt, und das Urtheil wäre in der Folge zu seinem Vortheil ausgefallen, so ist dasselbe deswegen nicht ungültig, und kann daher von dem Gegentheile aus dem Grunde, daß des Minderjährigen Sachwalter nicht auf die rechtsbehörige Art bevollmächtiget gewesen, und mithin die ganze Verhandlung desselben null und nichtig sey, keinesweges angefochten werden [12]). Denn dieß wäre ganz gegen die Absicht der Gesetze, nach welchen die Minderjährigen ihr Alter nur gegen Schaden schützen, aber nicht von dem, was ihnen zum Vortheil gereicht, ausschließen soll. Aus dem nämlichen Grunde wird dieses auch auf Pupillen ausgedehnt, wenn sie ohne ihren Tutor einen Sachwalter bevollmächtiget haben sollten, welcher Fall jedoch nicht leicht vorkommen wird [13]).

2) Gerichtlich erklärte Verschwender [14]), und

3) Frauenspersonen an den Orten, wo die Geschlechtscuratel eingeführt ist [15]). Denn nach dem römischen Rechte können Frauenspersonen eben sowohl einen Sachwalter allein bestellen, als sie allein klagen, und sich wider eine Klage vertheidigen können [16]). Soviel hiernächst

11) *Tot. tit. Cod. qui legit. pers. standi in iudic. hab.* §. 2. *I. de curator. L. 6. C. quomodo et quando iudex.*

12) *L. 24. C. h. t.*

13) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 35. Dapp §. 106.

14) *L. 1. D. de curat. fur. L. 1. C. eodem.*

15) LAUTERBACH in colleg. Pandectar. h. t. §. 36. Dapp §. 108—113.

16) STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 17. Dapp § 107.

2) diejenigen Personen anbetrift, welche noch unter väterlicher Gewalt sind, so können dieselben zwar in Sachen, welche das peculium profectitium oder adventitium ordinarium betreffen, zur Anstellung einer Klage anders keinen Sachwalter bestellen, als wenn der Vater abwesend, oder wahnwitzig ist[17]), weil sie nur unter dieser Einschränkung selbst klagen können[18]); hingegen dürfen sie zu ihrer Vertheidigung, wenn sie in solchen Sachen die Stelle des Beklagten zu übernehmen haben, sich nach Gefallen eines Sachwalters bedienen[19]); so wie es denn auch ausser Zweifel ist, daß ein filiusfamilias in Sachen, welche sein peculium castrense, oder quasi castrense oder adventitium irregulare betreffen, vorausgesetzt, daß er das zur Verwaltung eines solchen Vermögens erforderliche Alter habe, nicht nur als Beklagter, sondern auch als Kläger, einen Sachwalter bevollmächtigen könne[20]), weil er in solchen Sachen sowohl belangt werden, als auch selbst klagen kann[21]).

§. 395.

Wenn mehrere Sachwalter zu eben derselbigen Sache bestellet worden sind, was ist Rechtens?

Es kann nun nicht nur ein, sondern es können auch mehrere zu Sachwaltern in einer und eben derselben gericht-

17) *L.* 8. *princ. D. h. t.* Dapp §. 120. u. 121.

18) *L.* 18. §. 1. *D. de iudiciis.* Dapp §. 28. u. 29.

19) *L.* 8. *pr. D. h. t.* Ad defendendum quoque poterit filiusfamilias procuratorem dare.

20) *L.* 8. *pr. D. h. t.*

21) *L.* 8. *cit. L.* 4. *D. de iudic. L.* 52. §. 6. *D. de furt.* Dapp §. 30. u. 31.

richtlichen Sache bestellet werden. Hier kommt es zuförderst darauf an, ob diese mehreren Sachwalter alle als Hauptanwälde, oder ob nur der eine als Hauptsachwalter, der andere aber als Substitut, und in subsidium, bestellet worden. In dem letztern Falle kann sich der Substitut nicht eher einmischen, als wenn sich entweder die Vollmacht bey dem erstern, z. B. durch den Tod desselben, geendiget hat, oder dieser sonst behindert wird, vor Gericht zu erscheinen[22]). Sind sie hingegen alle als Hauptsachwalter bestellet worden, so ist dieses entweder von mehreren Theilnehmern an dem nämlichen Rechtsstreite geschehen, die ein getheiltes Interesse haben; oder die Ernennung der mehreren Hauptsachwalter ist von einem geschehen, den der ganze Rechtsstreit allein angeht. In dem erstern Falle ist es jedem dieser Theilnehmer erlaubt, in Rücksicht des ihm an dem streitigen Gegenstande zustehenden Antheils seinen eigenen Procurator zu bestellen, so daß diese mehreren Sachwalter auch zugleich vor Gericht handeln können[23]). In dem letztern Falle hingegen ist wieder zu unterscheiden, ob die Bevollmächtigung zu gleicher Zeit, oder zu verschiedenen Zeiten geschehen ist. In dem letztern Falle hebt die spätere Bevollmächtigung der Regel nach die erstere auf[24]). Wenn hingegen der Eigen-

22) Jüngst. Reichsabschied von 1654. §. 100.

23) *L.* 31. §. 1. *D. h. t.* Unius litis plurium personarum plures dari procuratores, non est prohibitum. GIPHANIUS ad h. L. in Lectur. Altorph. p. 27. nr. 5. seqq.

24) *L.* 31. §. 2. *D. h. t. Cap.* 14. *X. h. t.* Durch die Bevollmächtigung eines andern Sachwalters, und dessen Uebernehmung der Sache, wird die dem erstern ertheilte Vollmacht stillschweigend widerrufen. THOMASIUS in Diss. de revocatione taci-

thümer des Rechtsstreites zu gleicher Zeit mehrere Hauptsachwalter zur ganzen Sache bestellt, so kann zwar solches nach den römischen Rechten nicht mit der Wirkung geschehen, daß sie zugleich und mit einander vor Gericht handeln dürften; sondern es wird nur einer allein vor Gericht zugelassen, und zwar schließt derjenige die übrigen aus, welcher sich der Sache zuerst unterzogen, und die Klage angestellt, oder die Vertheidigung des Gewaltgebers übernommen hat[25]). Der Grund hiervon ist, weil eines theils die Rechtssache von einem Einzigen besser besorgt werden kann, dahingegen alle zugleich einander nur hinderlich, dem Principal aber gar leicht nachtheilig seyn würden; andern Theils aber schien es auch unbillig zu seyn, die Lage des Gegners durch Bestellung mehrerer Hauptsachwalter, mit welchen er es zugleich aufzunehmen hätte, zu erschweren[26]). Aus dem nämlichen Grunde wird dieses auch noch heutiges Tages bey den höchsten Reichsgerichten beobachtet, nach deren Praxi zu einer und eben derselben Rechtssache nicht mehrere Hauptsachwalter ernennt werden dürfen, sondern die Vollmacht schlechterdings nur auf

tacita mandati iudicialis §. 26. OBERHAUSER Praelect canonicae iuxta ord. Decretal. Lib. I. Tit. 38. §. 6.

25) *L.* 32. *D. h. t.* Pluribus procuratoribus in solidum simul datis, occupantis melior conditio erit: ut posterior non sit in eo, quod prior petit, procurator. Adde *L.* 24. §. 1. *D. de admin. et peric. tutor.*

26) DONELLUS in Commentariis iur. civ. Lib. XVIII. Cap 15. BRUNNEMANN ad L. 32 D. h. t. und *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. h. t §. 7. Anderer Meinung ist jedoch *Ant.* FABER in Rational. ad L. cit. 32. D. h. t. Allein man sehe STRYK Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 25. und *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 6.

auf einen Hauptsachverwalter gestellt seyn muß [27]). Allein das päbstliche Recht [28]) weicht hierin vom röm. Rechte ab, nach welchem nicht nur mehrere Hauptsachwalter zu einer Sache bevollmächtiget werden können, sondern auch gemeinschaftlich vor Gericht handeln dürfen. Ob aber nicht auch nach dem päbstlichen Rechte einer den andern ausschließen könne, hängt von der Art ihrer Bestellung ab. Sie sind nämlich entweder unbestimmt oder bestimmt bestellet worden. Im erstern Falle ist anzunehmen, daß sie zur gemeinschaftlichen Besorgung der ihnen übertragenen Rechtssache bestellet worden sind, es kann daher keiner ohne den andern etwas in der Sache unternehmen [29]), wenn gleich der Gegentheil darein willigte, weil solches zum Nachtheil des Gewaltgebers gereichen möchte [30]); es müßte ihnen denn solches bey unvermeidlichen Hindernissen gestattet seyn [31]). Sind hingegen die mehreren Hauptsachwalter auf eine bestimmte Art bestellet worden, so ist solches entweder mit der Clausel sammt oder sonders, (in solidum) oder mit der Clausel sammt und sonders (si non omnes) geschehen. In dem erstern Falle können alle so gut, wie einer für alle den Auftrag besorgen, und zwar findet hier eine Prävention statt. Ist nämlich einer dem andern zuvor-

27) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 27. Hanzely Fortsetzung der Grundlinien der heutigen Reichshofrathspraxis im allgemeinen. Kap. 26. §. 173. S. 115. in der Anm. Dapp §. 290.

28) *Cap. 6. de procurator. in VIto.*

29) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 714.

30) Dapp §. 255. Not. 2. S. 180.

31) Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß §. 82. S. 347.

gekommen, und hat sich der Sache allein unterzogen, so schließt dieser hernach den andern so lange aus, als er die Sache betreibt und betreiben kann. Nur wenn dieser nicht mehr handeln kann oder will, so kann der andere die Sache fortsetzen [32]). In dem letztern Falle hingegen findet keine Prävention statt, sondern es kann der eine nur denn allein und ohne den andern handeln, wenn dieser entweder verhindert ist, oder aber sonst an der Sache keinen weitern Antheil nehmen will [33]). Diese Grundsätze des päbstlichen Rechts nimmt auch nach dem Zeugniß bewährter Rechtsgelehrten der heutige Gerichtsgebrauch an [34]). Zwar meint Wernher [35]), daß heutiges Tages auch in dem Falle, da mehrere Hauptsachwalter in solidum mit der Clausel sammt oder sonders bestellet worden, die Prävention wegfallen müsse, folglich derjenige Anwald, der sich zuerst der Sache unterzogen, den andern deswegen nicht ausschließen könne, weil sich die Vorschrift sowohl des römischen als päbstlichen Rechts auf das dominium litis gründe, dessen Wirkungen heut zu Tage cessiren. Allein es ist schon von andern dagegen richtig bemerkt

32) Claproth a. a. O. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 3. Danz Grdf. des gem. ordentl. bürg. Processes §. 43. S. 115.

33) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. X. §. 55. sagt Clausula *in solidum* in procuratoribus divisionem et occupationem atque exclusionem infert; at clausula *coniunctim et singulatim* magis intendit coniunctionem et simultaneam admissionem, in eventum autem et divisionem admittit.

34) BOEHMER in iure eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit XXXVIII. §. 14. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 48. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 27. u. a. m.

35) Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 38.

merkt werden, daß die Wirkung der Prävention vielmehr daher entstehe, daß einer für alle bestellet worden, und solche daher statt finden könne, ohne ein Eigenthum des Rechtsstreits annehmen zu dürfen [36]).

§. 396.

Vom procuratore in rem suam.

Der Auftrag zur Betreibung eines gerichtlichen Rechtsstreites kann in mehreren Fällen das eigene Interesse des Sachwalters betreffen. Ein solcher Sachwalter, der zwar im Namen eines andern, aber doch zu seinem eigenen Nutzen, vor Gericht handelt, wird ein *procurator in rem suam* genennt. Dahin gehört 1) wenn ich dem Andern eine Forderung cedire, die er in meinem Namen einklagen, und, was er von dem Schuldner bekommt, behalten soll. Denn nach der Subtilität des römischen Rechts können Personalforderungen von der Person des ersten Gläubigers nicht gänzlich getrennt, und daher auf einen andern Gläubiger nicht dergestalt übertragen werden, daß dieser in eigenem Namen die directe Klage gegen den Schuldner des Cedenten anstellen könnte. Wenn ich also einem Andern eine Forderung verkauft, oder auf eine andere Art überlassen habe, so kann er zwar in seinem eigenen Namen actione utili klagen [37]), allein zur Anstellung der directen Schuldklage muß ich ihm eine Vollmacht geben, daß er die Forderung, als mein Anwald, in mei-

36) BOEHMER in Diss. de dominio litis. Cap. III. §. 7. und Claproth Einleit. in den ordentl. bürg. Proceß 1. Th. §. 82. Not. 5. S. 349.

37) *L.* 55. *D. h. t.*

nem Namen ausklagt [38]). Ein solcher Cessionarius wird also hierdurch ein Procurator in rem suam. Denn wenn gleich ein solcher Sachwalter, in Absicht auf die Wirkung des Auftrags, als Eigenthümer anzusehen ist, so daß er auch sogar mit dem debitore cesso transigiren kann [39]) so ist er doch in Ansehung des Gegenstandes und des Rechts, aus welchem er klagt, ein wahrer Sachwalter, da er in dieser doppelten Rücksicht in fremden Namen handelt [40]). Ein anderer Fall, wo der Procurator in rem suam als Kläger auftritt, ist 2) der, wenn ein Minderjähriger ohne Auftrag sich den Geschäften eines Großjährigen unterzogen, und letztern durch schlechte Verrichtung in Schaden gebracht hat. In diesem Falle muß der Minderjährige entweder selbst gegen seine Handlungen die Restitution in den vorigen Stand suchen, oder sein Recht dem andern dergestalt cediren, daß dieser, als Procurator in rem suam, im Namen und ex mandato minoris die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen kann [41]). Es giebt nun aber auch Fälle, wo der Procurator in rem suam die Stelle des Beklagten vertritt. Dahin gehört, wenn die Führung des Rechtsstreits einem solchen ist aufgetragen worden, welcher den Principal rechtlich zu vertreten schuldig ist, und welcher daher den-

38) *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniani iuris Epitom. Lib. II. ad L. 13. §. 1. D. de hered. vel act. vend. pag. 460. Höpfer im Commentar über die Institut. §. 992.

39) *L.* 13. §. 1. *D. de pact. L.* 25. *D. h. t. L.* 9. *Cod. eodem.*

40) LAUTERBACH D. de procuratore in rem suam §. 7. seqq. GUNDLING Larva procuratori in rem suam detracta; in *Gundlingianis* St. 6. *nr.* 2. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 767.

41) *L.* 24. *pr. D. de minoribus.*

denselben entschädigen muß, wenn der Proceß verlohren wird. Man setze z. B. der Käufer habe den Verkäufer, oder der Bürge den Hauptschuldner zur Vertretung aufgefordert, und ihn zum Sachwalter bestellt[42]).

§. 397.

Welche Sachen können durch einen Procurator besorgt werden, welche nicht?

Zur Bestellung eines Procurators ist nun nicht genug, daß der Gewaltgeber das Recht habe, einen Procurator zu bestellen, und dieser einen Auftrag in gerichtlichen Sachen annehmen könne, sondern es wird auch erfordert, daß die vor Gericht zu verhandelnde Rechtssache von der Art sey, daß sie einen Procurator zulasse. Um dieses zu beurtheilen, ist nun zwischen bürgerlichen und peinlichen Rechtssachen ein Unterschied zu machen. In Ansehung der erstern gilt die Regel, daß in allen bürgerlichen Rechtssachen sowohl nach dem neuern römischen als heutigen Rechte Sachwalter zugelassen werden, wo nicht entweder die Gesetze selbst eine Ausnahme machen, oder der Richter das persönliche Erscheinen der Partheyen aus hinlänglichen Gründen nach der Beschaffenheit und den Umständen der vorliegenden Rechtssache mit Recht fordern kann[43]). Die Fälle, in welchen

a) die

42) *L.* 42. §. 2. *D. h. t.*

43) *L.* 26. *C. h. t.* In pecuniariis controversiis, etsi specialiter hoc praecepti vel sententiae minime designat auctoritas, passim unicuique, si tamen ita maluerit, per Procuratorem respondendi tribuimus facultatem: nisi forte quosdam (iustiores nonnunquam ob causas) vehementior maximi iudicis vocabit auctoritas. Vid. GIPHANIUS ad h. L. in Lectur. Altorph. pag. 95. et POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XV. Not. m. pag. 103.

a) die Gesetze bey dem processualischen Verfahren vermöge einer ausdrücklichen Ausnahme keinen Sachwalter zulassen, sind folgende:

1) Konnte derjenige, welcher bey den Römern eine Volksklage (actionem popularem) anstellte, dazu keinen Procurator bestellen[44]). Denn da nach der Natur dieser Klagen jeder von dem Volke ein Recht zu deren Anstellung hatte, so schien es unschicklich zu seyn, denjenigen als Procurator handeln zu lassen, der nach den Gesetzen in eigenem Namen klagen konnte[45]). Eine Ausnahme fand jedoch in dem Falle statt, wenn mit dem öffentlichen Wohl auch der Privatnutzen des Klägers verbunden war, wo alsdann der Kläger, jedoch nicht anders, als nach vorhergegangener Untersuchung der Sache, sich eines Sachwalters bedienen durfte[46]).

2) Wird auch bey dem Interdict, wodurch ein Vater seine Kinder zurückfordert, kein Sachwalter zugelassen, ausser wenn nach einer deßhalb angestellten Untersuchung sich befunden, daß der Vater durch Krankheit oder eine andere rechtmäßige Ursache verhindert werde, die Sache selbst vor Gericht zu betreiben, und überdem der Sachwalter einen besondern Auftrag erweisen könnte[47]).

3) Muß der Regel nach ein jeder Eid von derjenigen Parthey in Person abgeschworen werden, welcher er zugeschoben oder auferlegt worden ist, und es wird kein Sach-

44) *L.* 5. *D. de popul. act.*

45) VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 16.

46) *L.* 42. *L.* 45. §. 1. *D. h. t. L. pen. D. ne quid in loc. publ.* L. 3. *in fin. et. L.* 6. *D. de sepulchro. viol.*

47) *L.* 40. *pr. de procurat.*

Sachwalter zugelassen, wenn er gleich zur Eidesleistung besonders bevollmächtigt worden wäre[48]; es wäre denn, daß die Gegenparthey darein willigte; oder der Eid gleich Anfangs dem Sachwalter zugeschoben worden; oder die besondern Gesetze oder der Gerichtsgebrauch eines Landes die Eidesleistung durch einen Procurator zuliesen[49].

b) Der Richter kann nun aber, auch ausser jenen Fällen, das Erscheinen der Partheyen in Person vor Gericht verlangen, so oft ein hinlänglicher Grund dazu vorhanden ist[50]. Dahin gehört,

1) wenn die summarische Beschaffenheit des Processes entweder ein mündliches Verfahren mit sich bringt, oder sonst die persönliche Gegenwart einer Parthey nothwendig macht. Dieses ist der Fall,

2) beym Consistorialproceß, wenn es besonders in Ehesachen auf den Versuch der Güte unter den strei-

48) *L.* 12. §. 4. *Cod. de reb. cred. et iureiur. Nov. CXXIV. cap. 1. L.* 9. §. 6. *D. de iureiur.* MALBLANC Doctr. de iure iurando §. 94. Claproth Einleitung in den ord. bürg. Proceß 2. Th. §. 332. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 182. u. 183. und PÜTTMANN Elector. Cap. IV.

49) Auch an den beyden höchsten Reichsgerichten werden Eidesleistungen durch besonders dazu bevollmächtigte Anwälde ohne Anstand zugelassen. S. TAFINGER Institut. iurisprud. cameral. Sect. IV. Tit. I. §. 822. und Pütters Einleitungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts I. Bandes IV. Heft Nr. X. S. 457. folg.

50) *Cap. I. de iudiciis in V'lto. Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 711. und Ge. Jac. Fried. Meister in den practischen Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 2. Band 26. Bemerk. S. 273.

streitenden Theilen ankommt [51]), oder derselbe auch sonst nach der besondern Consistorialordnung eines Landes ein mündliches Verfahren mit sich bringt. [52]).

b) Beym Wechselproceß, wo nach wirklich geschehener, oder für geschehen angenommener Anerkennung der bey der Wechselklage zum Grunde liegenden Urkunden, im Falle nicht bewirkter Zahlung ohne Aufschub mit der Captur des Schuldners verfahren wird. Aus diesem Grunde muß der Wechselschuldner schlechterdings in Person erscheinen, da hingegen der Wechselgläubiger sich unstreitig eines Sachwalters bedienen kann [53]).

c) In den militärischen Gerichten, in welchen, wofern nicht etwa die Wichtigkeit der Sache ein anders erheischt, Anwälde nicht leicht zugelassen werden [54]). Endlich

e) in Bagatellsachen [55]). Sodann kann auch

2) der Richter auf das Erscheinen in Person vor Gericht in dem Falle erkennen, wenn eine Parthey auf die persönliche Gegenwart ihrer Gegenparthey ein gegründetes Recht hat, und bey dem Gebrauche desselben beharren will.

51) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim LIII. med. 5. und BOEHMER c. l. §. 711. Not. b.

52) S. Meister in den angef. pract. Bemerk. 2. B. 26. Bem. nr. 10.

53) *Christ. Gottl.* RICCIUS in Exercitat. iur. cambialis XVII. de processu cambiali Sect. IV. §. 16. PESTEL Diss. de procuratoribus. §. 7. Püttmanns Grundsf. des Wechselrechts §. 170. Not. a. und Danz Grdsf. der summarischen Processe §. 45. Not. c. *).

54) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LIII. med. 1.

54) LEYSER Specim. cit. medit. 2.

will. Dieß ist der Fall in Injurienſachen, wenn es auf Leiſtung des Widerrufs, oder einer Abbitte und Ehrenerklärung ankommt, wobey zwar von Seiten des Klägers ein Sachwalter angenommen wird, wenn er dazu beſonders bevollmächtiget iſt, der Beklagte aber in Perſon erſcheinen, und jene Handlung ſelbſt verrichten muß, wenn den Umſtänden nach darauf erkannt worden iſt [56]). Es wären denn, daß der Beleidigte in die Zulaſſung eines Sachwalters willigte [57]).

In Anſehung der peinlichen Sachen iſt ein Unterſchied zwiſchen dem römiſchen und heutigen Rechte zu machen. Nach dem erſtern ſoll weder von Seiten des Anklägers, noch von Seiten des peinlich Angeklagten ein eigentlicher Sachwalter zugelaſſen werden [58]). Denn bey dem Ankläger hinderte die dem Anklageproceß eigene inſcriptio in crimen die Zulaſſung eines Anwalds, weil der Ankläger ſich zur poena talionis verpflichten mußte [59]). Auf Seiten des Angeklagten hingegen war darum kein Sachwalter zuläſſig, weil der Procurator nach der röm. Proceßordnung dominus litis werden mußte, folglich die Sentenz gegen den Anwald hätte geſprochen, und dieſer in

56) LEYSER Vol. III. Specim. DXLIII. med. 2. Quiſtorps Grundſätze des peinlichen Rechts 1. Th. §. 326. u. 327. und Weber über Injurien und Schmähſchriften 2. Abth S. 37.

57) Dapp über die Legitimation zum Proceß §. 184. Not i. S. 141.

58) *L.* 13. §. 1. *D. de publ. iudic. L.* 11. *in fin. C. de iniur. Pet. de* TOULLIEU in Collectan. iuris civ. Diſſ. IV. Cap. 1. pag. 164. ſeq. *I. H.* BOEHMER D. de poteſtate procuratoris in cauſis criminalibus. *Halae 1726.* rec. 1735. Dapp in dem angef. Verſuch §. 185 — 216.

59) *L.* 7. *D. et L. fin. C. de accuſat.*

in die Strafe verurtheilt werden müssen, welches doch offenbar ungereimt, und gegen die Regel gewesen wäre, quod reatus suum teneat auctorem [60]). Jedoch war es einem jeden erlaubt, die Vertheidigung für den peinlich Angeklagten zu übernehmen, wenn er auch in keinem besondern Verhältniß mit demselben stand [61]); weil ein solcher Defensor nicht sowohl als Sachwalter des peinlich Angeklagten auftrat, sondern vielmehr als ein solcher betrachtet wurde, welcher die Rechte der Menschheit vertheidigte [62]). Denn daß kein Unschuldiger verurtheilt werde, ist eine Sache, woran der ganzen Menschheit gelegen ist [63]). Nach dem heutigen peinlichen Rechte wird nun zwar dem Ankläger der Regel nach der Gebrauch eines Sachwalters gestattet [64]), da das vinculum inscriptionis in crimen in Teutschland wegfällt [65]); es sind aber doch auch überhaupt diejenigen Fälle billig auszunehmen, da nach der besondern Beschaffenheit der Sache selbst die Gegenwart der Person unumgänglich erfordert wird [66]). Soviel hingegen den peinlich Beklagten oder Angeschuldigten betrift, so wird auch heutiges Tages bey den Haupthandlungen des peinlichen Processes, welche ohne die persönliche Gegenwart des peinlich

60) BOEHMER cit. Diss. §. 6.

61) *L.* 33. §. 2. *D. h. t. L.* 3. *Cod. de accusat.*

62) BOEHMER cit. Diss. §. 11. 12. et 13.

63) *L.* 6. *D. de appellat.* wo es heißt: credo enim *humanitatis ratione* omnem provocantem audiri debere, und in der *L.* 33. *cit. h. t.* wird gesagt: *Publice utile est*, absentes a quibuscunque defendi: *nam et in capitalibus iudiciis defensio datur.*

64) Peinliche Gerichtsordn. Carls V. Art. 12. u. 14.

65) BOEHMER cit. Diss. §. 34.

66) von Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts. 2. Th. §. 551.

lich Angeschuldigten nicht vorgenommen werden können, ohne Unterschied, es sey vom Untersuchungs- oder Anklageproceß die Rede, kein Sachwalter zugelassen, und daher z. B. bey der Antwort auf die peinlichen Artikel, Ablegung des Reinigungseides, Tortur, Territion, Confrontation, u. d. schlechterdings erfordert, daß der Angeschuldigte in Person erscheine [67]). Ist hingegen von bloßen Nebenhandlungen und solchen Sachen die Rede, die, der Gerechtigkeit unbeschadet, eben sowohl durch einen Anwald betrieben werden können, und wo es auf kein Verhör, sondern etwa nur auf Entschuldigung der Abwesenheit, oder Auswirkung eines sichern Geleits, oder ein Fristgesuch u. d. ankommt, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß in solchen Fällen von Seiten des peinlich Angeschuldigten ein Sachwalter zuzulassen sey [68]).

§. 398.

In welchen Fällen müssen Partheyen in ihren gerichtlichen Rechtsangelegenheiten einen Sachwalter bestellen? und in welchen kann ein Anwald zur Betreibung gerichtlicher Sachen genöthiget werden.

Ist nun eine Sache von der Art, daß sie einen Procurator zuläßt, so steht es zwar der Regel nach in der freyen Willkühr einer jeden Parthey, ob sie ihre Rechtsangelegenheiten, vorausgesetzt, daß sie dazu fähig sey, selbst vor Gericht besorgen, oder zur Betreibung derselben einen Sachwalter bestellen will. Es giebt indessen Fälle, da die Partheyen einen Anwald bestellen müssen. Dahin

67) Westphals Criminalrecht. Anmerk. 118. Dapp §. 229.
98) Koch Institut. iur. crim. §. 704. Quistorp a. a. O. Dapp §. 230.

Dahin gehört 1) nach dem römischen Rechte der Fall, wenn die Partheyen personae illustres sind [69]). Um dieses recht zu verstehen, ist zu bemerken, daß man zu den Zeiten der orientalischen Kaiser die höhern obrigkeitlichen Würden und Staatsbedienungen in drey verschiedene Classen abtheilte, welche man durch besondere Titel dergestalt bezeichnet, daß einige magistratus den Titel *illustres* führten, andere *clarissimi*, und noch andere *spectabiles* genennt wurden. Zu den *Illustribus* gehörten vorzüglich der Praefectus urbi, die Praefecti praetorio, consules, und magistri militum, zu den *clarissimis*, die comites consistoriani, Rectores provinciarum, Praesides und Consulares; endlich zu den *Spectabilibus*, der Praefectus augustalis, die Proconsules, Comes orientis, et cuiuslibet tractus Vicarii [70]). Nun sollen zwar nach der *L. 25. C. h. t.* nicht blos illustres, sondern auch andere vornehme Staatsbediente, welche zu den clarissimis und spectabilibus gehörten, die sie betreffenden Rechtsangelegenheiten durch einen Procurator vor Gericht besorgen lassen. Denn eines Theils glaubte man, daß dadurch ihre hohe Würde herabgesetzt und verkleinert werde, wenn solche Personen selbst vor Gericht erscheinen wollten, weil sie alsdann, gleich andern streitenden Partheyen, vor Gericht stehen müßten; anden Theils besorgte man auch, daß der Richter durch ihre Gegenwart gar leicht an der unbefangenen Untersuchung der Sache gehindert, und distrahirt werden könnte [71]). Allein Justinian hat dieses Gesetz

69) *L. 25. C. h. t. Nov. LXXI. cap. 1.*

70) *Iac.* GUTHERIUS de officiis domus augustae Lib. I. cap. 4. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad Cod. Theodos. Tom. I. Lib. III. Tit. 11. pag. 335. edit. *Ritter.*

71) Diese Gründe führt Justinian in *Nov. 71. cap. 1.* selbst an. Man sehe auch GIPHANIUS ad L. 25. C. h. t. in Lectur. Altorph. pag. 95.

Gesetz hernach blos auf die *magnificentissimos Illustres*, wie er sich ausdrückt[72]), eingeschränkt, weil unter den clarissimis und comitibus manche sich befänden, denen es am Vermögen fehle, um die zur Bestellung eines Procurators erforderliche Kosten bestreiten zu können. Man sieht hieraus, daß sich diese römischen Verordnungen blos auf die besondere Verfassung des römischen Staats beziehen, und daher von ihnen kein Gebrauch zu machen sey, wenigstens lassen sich die Rechte der illüstren Personen in Teutschland darnach nicht beurtheilen[73]). 2) Müssen mehrere Streitgenossen einen gemeinschaftlichen Anwald bestellen, sofern sonst die Insinuation der gerichtlichen Verordnungen, welche jedem besonders geschehen müßte, mit zuviel Weitläuftigkeit verknüpft seyn würde. 3) Wenn ganze Corpora und Gemeinheiten litigiren, die ihrer Natur nach nicht in Person erscheinen können. 4) Wenn Jemand an dem Orte, wo der Rechtsstreit geführet wird, nicht wohnhaft ist. Endlich 5) wenn nach der Verfassung des Gerichts, wo der Rechtshandel schwebt, die Bestellung eines Anwalds nothwendig ist[74]). Der Regel nach kann nun aber auch auf der andern Seite kein Sachwalter wider seinen Willen genöthiget werden, eines andern

S 2

72) *Nov. 71. cit.*

73) S. RITTERSHUSIUS in Expos. Novellar. P. IX. Cap. 9. nr. 15. seqq. pag 556. STRYK Us. mod. Pandectar. h. t. §. 13. BEIER Position. ad Pand. h. t. nr. 16. *Mich God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 8. Anderer Meinung ist jedoch PESTEL in Diss. de procuratoribus §. 5.

74) Nettelbladt in dem Versuch einer Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelahrtheit §. 121. und Malblank in der Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Canzleyverfassung. 3. Th. §. 65.

dern Rechtssache vor Gericht zu besorgen [75]). Eine Ausnahme findet jedoch 1) bey öffentlich verpflichteten Procuratoren statt, welche ohne erhebliche Ursache keinen Auftrag in gerichtlichen Sachen ablehnen dürfen [76]). Ausserdem ist es 2) Pflicht eines jeden Procurators, welcher im Namen des Klägers vor Gericht handelt, daß er billig auch desselben Vertheidigung übernehme, wenn etwa von dem Beklagten gegen ihn eine Widerklage angestellet worden wäre [77]); und hierzu sind nach Vorschrift der Gesetze auch muthmaßliche Sachwalter verpflichtet [78]). Ja sogar einem Procurator in rem suam liegt die Verbindlichkeit ob, den Cedenten, in dessen Namen er klagt, zu vertheidigen, wofern nicht etwa die Cession ex necessitate, wie Ulpian [79]) sagt, das ist, wie man es gewöhnlich erklärt, ex causa onerosa, z. B. vermöge eines ge-

75) *L. 8. §. 1. D. et L. 17. C. h. t.*

76) Reichs-Cammergerichtsordn. 1. Th. Tit. 19. §. 5. HUBER Praelect. iur. civ. h. t. §. 10.

77) *L. 3. §. 3. et 4. D. h. t.* Diesen ist *L. 17. C. h. t.* nicht entgegen, man sehe *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. XI. Daß dieses auch noch heutiges Tages gelte, weil es nicht in dominio litis, sondern in der Natur des mandati ad litem seinen Grund hat, zeigt *I. H.* BOEHMER in Diss. de dominio litis. Cap. III. §. 16.

78) *L. 35. D. h. t.*

79) *L. 33. §. fin. D. h. t.* Si quis in rem suam Procurator interveniat, adhuc erit dicendum, debere eum defendere, (*sc. eum, cuius nomine experiatur*); nisi forte *ex necessitate* fuerit factus.

80) So verstehen diese Worte CUJACIUS ad L. cit. GIPHANIUS in Lectur. Altorph. pag. 32. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Disp IX. Thes. I. Lit. A. POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXXIII.

geschlossenen Kaufs, geschehen wäre[80]), oder, welches nach der Erklärung anderer Rechtsgelehrten[81]) dem Sinne jener Worte gemäßer zu seyn scheint, der Procurator in rem suam sich eine Cession an Zahlungsstatt hätte gefallen lassen müssen, um dadurch seine Forderung zu erhalten[82]), oder die Cession sonst zur Deckung eines Regresses geschehen wäre[83]). Denn unter solchen Umständen kann man es dem Procurator der Billigkeit nach nicht zumuthen, daß er sich auf die seinen Principal betreffende Reconvention einlasse, und denselben deshalb vertheidige. Eben diese Verbindlichkeit fällt aber auch alsdann weg, wenn der Procurator in rem suam nicht im Namen seines Gewaltgebers, sondern, wie ihm freysteht[84]), actione utili im eigenen Namen klagt[85]).

XXXIII. not. a. *Iul.* PACIUS Legum conciliatar. Cent. II. Qu. 48. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 12. u. a. m.

81) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 87. *Aut.* FABER in Rational. ad L. 33. §. 5. D. h. t. und VOET in Commentar. ad Pandect. Lib. V. Tit. I. §. 84.

82) Z. B. wenn der Gläubiger von seinem Schuldner eine Forderung an Zahlungsstatt hat annehmen müssen; oder wenn bey einer Erbtheilung die Auseinandersetzung der Miterben nicht anders möglich war, als daß Einem zu seinem Erbtheil ein Capital zuerkannt werden mußte. *L.* 3. *D. Famil. erciſc.*

83) Z. E. Wenn sich einer von den mehrern Bürgen, welcher auf die Bezahlung der ganzen Schuld belangt worden, die Rechte des Gläubigers hat cediren lassen, um seinen Regreß gegen die übrigen Mitbürgen nehmen zu können.

84) *L.* 16. *D. de pact.* *L.* 55. *D. de procurat.*

85) Von diesem Falle ist ohnstreitig die *L.* 34. *D. h. t.* zu verstehen, wo es heißt; Si quis in rem suam procuratorio nomine agat, velut emtor hereditatis, an debeat invicem venditorem defen-

Denn auf diesen Fall gehet das Edict des Prätors nicht, welches, so wie Ulpian[86]) die Worte desselben aufbehalten hat, schlechterdings voraussetzt, daß der procurator in rem suam im Namen seines Gewaltgebers die ihm cedirte Klage anstelle. Es muß nur aber freylich die Cession ohne Gefährde, und nicht etwa blos in der widerrechtlichen Absicht geschehen seyn, um die Gegenforderung des Beklagten, welcher deßhalb eine Widerklage anstellen wollte, zu vereiteln.

§. 399.

Legitimation des Procurators. Falscher Sachwalter. Wie lange findet Ratihabition seiner Handlungen statt?

Ein Sachwalter muß nun auch seine Zulässigkeit, im fremden Namen vor Gericht zu handeln, sowohl dem Richter, als dem Gegner seines Principals auf rechtsbehöri-

defendere? et placet, si bona fide, et non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, gestum sit negotium, non oportere eum invicem defendere, wie *Ant.* FABER in Coniectur. iuris civ. Lib. XII. cap. 10. überzeugend dargethan hat, welcher daher nicht ohne Grund statt *procuratorio nomine*, vielmehr Procurator proprio nomine lieset. Ihm folgen hierin *Ger.* NOODT cit. loc. *Ant.* SCHULTING in Enarrat part. I. Digestor. h. t. §. 14. und *Bern. Henr.* REINOLD Varior. ad ius civ. pertinent. Cap. XVIII. in *Opuscul.* a IUGLERO edit. pag. 140. sqq. Andere erklären jedoch die L. 34. von einem solchen Procuratore in rem suam, der ex cessione titulo oneroso facta die directe Klage anstellt. S. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XVIII. cap. 13. pag. 1049. VOET c. l. POTHIER h. t. nr. XXXIII. und *Fratr.* BECMANNI in Consil et Decis. P. I. Decis. XIV. nr. 6.

86) *L. 33. §. 3. D. h. t.*

hörige Art darzuthun im Stande seyn, welches man die Legitimation zum Proceß nennt. Diese gehört zu dem Wesentlichen des processualischen Verfahrens, und ist so nothwendig, daß deren Verabsäumung eine Nichtigkeit in Ansehung des ganzen Processes nach sich zieht[87]). Daher kann die Berichtigung der Legitimation nicht nur von den Partheyen in jedem Theile des Processes, ja selbst noch bey der Execution urgiret werden[88]); sondern es gehört auch zum Amt des Richters, den Mangel in Ansehung derselben abzuhelfen, wenn auch gleich solcher von keiner Parthey wäre in Anregung gebracht worden[89]). Die Legitimation der Sachwalter ist jedoch verschieden, je nachdem dieselben entweder vermöge eines wirklich ertheilten, oder nur vermöge eines vermutheten Auftrags handeln, wovon der folgende Paragraph ein mehreres enthält. Wer sich auf keine Weise zum Proceß zu legitimiren im Stande ist, sondern sich fälschlich für einen Sachwalter ausgiebt, ohnerachtet er weder einen wahren noch muthmaßlichen Auftrag für sich hat, wird ein falscher Sachwalter genennt[90]), obwohl

87) J. R. A. §. 121. n. 122. *Cap. 4, X. de procurat.* Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 2. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden § 20. nr. 4.

88) *Cap. 4. X. h. t. I. II.* BOEHMER in iure eccl. Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 17. Dapp §. 5.

89) *Cap. 12. X. de excepr.* WERNHER Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 37. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decisiones P. I. Decis. 16. nr. 9. Dapp §. 6.

90) In den Gesetzen wird zwischen einem *procurator falsus* und *non verus* ein Unterschied gemacht, und unter dem erstern ein solcher verstanden, welcher weiß, daß er mit keiner Vollmacht versehen ist, und doch eine solche zu haben fälschlich vorgiebt; letz-

auch derjenige diesen Namen verdient, welcher nach rechtmäßig geendigter Vollmacht seine Verhandlungen wissentlich vor Gericht fortsetzt, gleichsam als wenn gar keine Revocation erfolgt wäre [91]). Ein solcher falscher Sachwalter haftet nicht nur für allen Schaden und Interesse [92]); sondern es sind auch die Handlungen desselben ipso iure nichtig [93]), und ihnen kann die exceptio falsi procuratoris in jedem Theile des Processes entgegengesetzt werden [94]), sofern nicht die Parthey, für welche der falsche Sachwalter vor Gericht gehandelt hat, desselben Handlungen genehmiget [95]). Eine solche Ratihabition findet nun zwar so lange noch immer statt, als noch kein richterliches Erkenntniß in der Sache erfolgt ist; weil alsdann noch lis pendens ist, und daher wegen des ungewissen

letzterer hingegen wird derjenige genennt, welcher bona fide glaubt, einen Auftrag zu haben, ob er sich gleich hierin irrt. Man vergleiche *L.* 12. *D. de. solut.* Doch findet man, daß auch ein procurator non verus zuweilen *falsus* genennet wird. *L.* 8. *C. de condit. indebiti.* Man sehe *Ios. Fern. de* RETES Opusc. Lib. II. Sect. II. cap. 4. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 127.) und WALCH ad *Eckhardi* hermeneut. iur. Lib. I. cap. V. §. 178. pag. 346.

91) *Cap. 4. X. h. t. Burch.* BARDILI Diss. de falso procuratore. cap. III. §. 23 *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 717.

92) Danz Grundsätze des ordentlichen bürgerlichen Processes §. 127. not. d.

93) *L.* 27. *pr. D. et L.* 24. *C. h. t. L.* 1. *C. quib. res iudic. non nocet.*

94) *Cap. 4. X. h. t.* BARDILI cit. Tract. Cap. VII. §. 74. BOEHMER cit. Princip. §. 717. in fin.

95) *Hieron. Frid.* SCHORCH Diss. de ratihabitione gestorum a falso procuratore. *Erford. 1732.*

wissen Ausganges des Processes noch kein Theil ein ius quaesitum hat, welches ihm durch die Ratihabition des andern Theils entzogen würde[96]). Allein ist die Genehmigung erst nach der Sentenz des Richters erfolgt, so kommt es nach der gewöhnlichen Lehre darauf an, ob die Sentenz zum Vortheil der Parthey des falschen Procurators ausgefallen ist, oder nicht. Ob nun gleich in dem letztern Falle die Ratihabition ohne Zweifel auch noch post sententiam statt findet, weil der Principal dadurch niemanden als sich selbst präjudicirt[97]); so behauptet man doch in dem erstern Falle fast allgemein, daß das richterliche Urtheil durch die erfolgte Genehmigung keine gültige Kraft erhalten könne, weil die Gegenparthey von dem Augenblicke an, da die Sentenz pro falso procuratore gesprochen worden ist, ein Recht erworben haben soll, sie als nichtig anzufechten, welches Recht ihr durch die Ratihabition, die von dem Principal des falschen Sachwalters blos zu seinem Vortheil geschehen ist, nicht wieder entzogen werden könne[98]). Man nimmt indessen doch den Fall aus, wenn die Gegenparthey des falsi procuratoris wohl gewußt, daß derselbe sich auf keine Weise durch

96) *L. 56. D. de iudiciis.* VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10. circ. fin. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Dig. h. t. §. 28. WESTENBERG in Princip. iur. fec. ord. Digestor. h. t. §. 14. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 5. in Resp. ad object. 2.

97) *L. 3. §. ult. D. rem rat. haberi. L. 1. C. quib. res iudic. L. 3. C. quom. et quando iudex.* FRANTZKIUS in Commentar. ad Dig. h. t. nr. 28.

98) LAUTERBACH c. l. §. 28. HUBER in Praelect. iuris civ. h. t. §. 8. PEREZ in Cod. h. t. nr. 14. STRUV in Syntagmat. iur. civ. Exercit. VII. Th. 27. ZOESIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. nr 17. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 257. u. a. m.

durch einen Auftrag derjenigen Parthey zu legitimiren vermöge, für welche er vor Gericht gehandelt hat, und als Sachwalter dennoch zugelassen worden ist. Denn in diesem Falle müßte sichs der Gegentheil selbst zuschreiben, daß er, ohne Widerspruch, sich mit demselben in einen Proceß eingelassen, und da es ihm frey stand, auf Legitimation zu dringen, so habe er durch sein Stillschweigen desselben Handlungen selbst anerkannt [99]). Diese gemeine Lehre der Rechtsgelehrten ist indessen nicht ausser Zweifel, wenn man erwägt, a) daß Ulpian [100]) ohne allen Unterschied sagt: si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta; und b) daß die Gesetze die Handlungen des falschen Sachwalters blos zu Gunsten desjenigen für nichtig erkären, dessen Geschäften sich derselbe unterzogen hat, so daß der Eigenthümer dasjenige, was ohne seine Einwilligung von demselben vor Gericht geschehen, nicht anzuerkennen schuldig ist. Es würde also eine exceptio de iure tertii seyn, wenn der Gegentheil auf die Nullität des gerichtlichen Verfahrens in dem Fall dringen wollte, da der Principal des falschen Sachwalters die Handlungen desselben durch seine Ratihabition zu seinem Vortheil anerkennen will. Denn was zu Gunsten einer Parthey verordnet ist, darf doch auch nicht zu ihrem Nachtheil ausgelegt werden [1]). Uebrigens

99) *de* COCCEJI c. l. resp. 1. ad instant. 3. et EMMINGHAUS ad *Eundem.* h. l. not. w. Anderer Meinung ist jedoch MÜLLER ad *Struvium* h. t. §. XXVII. not. *η*.

100) *L. 56. D. de iudiciis.*

1) Man sehe hier vorzüglich MEVIUS T. I. P. V. Decis. 98. et Tom. II. P. VI. Decis. 139. SCHORCH cit. Diss. §. 14. seqq. und *Io. Gottl.* WEIDLER Exercit. iurid. de negotiis a falso procura-

gens kann die Genehmigung nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen. Dahin gehört z. B. wenn der Eigenthümer einen von den Verhandlungen des falschen Sachwalters abhängigen actum vornimmt, oder gegen die ihm nachtheilige Sentenz, ohne auf die Nichtigkeit derselben zu provociren, blos eine Appellation bey der höhern Instanz interponirt [2]).

§. 400.

Wie geschieht die Legitimation eines Sachwalters? von Einrichtung der Vollmachten.

Soviel hiernächst die Art betrift, wie die Legitimation eines Sachwalters bewirkt wird, so hängt diese von der Bestellungsart desselben ab. Ein Sachwalter handelt nämlich entweder vermöge eines wirklich ertheilten oder vermutheten Auftrags vor Gericht. In dem letztern Falle besteht die Legitimation darin, daß der Sachwalter erweißlich mit dem Principal, für welchen er erscheint, in einem solchen Verhältniß stehe, daß nach Maasgebung der Gesetze ein Auftrag vermuthet werden kann, (§. 388.) und daß er die erforderliche Sicherheit bestelle; ich werde von dieser Sicherheitsbestellung §. 404. handeln. In dem ersten Falle hingegen geschieht die Legitimation durch Beybringung einer zu Recht beständigen Vollmacht. Diese kann nun entweder mündlich oder schriftlich ertheilet werden. Ersteres geschieht, wenn der Gewaltgeber im Gericht zu Protocoll giebt,

curatore gestis eorumque ratihabitione. *Vitemb. 1737.* Cap. IV. §. 28.

2) *L.* 3. §. 1. *D. rem ratam haberi.* VOET h. t. §. 10. SCHORGH cit. Dissert. §. 19.

giebt, daß er den Herrn Cajus in seiner Proceßsache wider den Titius zu seinem Sachwalter bestellt habe, und dieser seine Einwilligung ebenfalls zu den Acten erklärt [3]). Es kann aber auch die Bevollmächtigung ausſergerichtlich vor einem Notar und zwey Zeugen geschehen, worüber jedoch ein förmliches Instrument errichtet werden muß [4]). Bey den Römern pflegte auch eine Parthey der andern die geschehene Bevollmächtigung ihres Sachwalters durch ein an sie erlassenes Schreiben zu melden, welches dann die Folge hatte, daß eine weitere Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung nicht nöthig war [5]). Schriftlich geschieht die Bevollmächtigung durch Ausfertigung einer förmlichen Vollmacht, oder durch Ausstellung eines bloſen Blanquets. Letzteres muß der Gewaltgeber entweder selbst schreiben, oder doch unterschreiben, und so einrichten, daß die Absicht des Auftrags hinreichend daraus ersichtlich ist [6]). Ein solches Blanquet ist jedoch zur vollkommnen Legitimation des Sachwalters nicht hinreichend, wofern es nicht noch behörig ausgefüllt, oder wegen Beybringung einer ordentlichen Vollmacht, Caution geleistet wird [7]). Eine förmlich ausgefer-

3) Dapp §. 242. folgg.

4) Dapp §. 247. folgg.

5) L. 65. D. h. t.

6) Z. B. Blanquet zur Vollmacht in Sachen meiner wider N. N. ein Darlehn betreffend. an meinen Sachwalter N. N. bey dem hochlöbl. Stadtgericht zu N. Erlangen den 27. Dec. 1797.

Titius.

7) STRYK Introd. ad praxin for. Cap. X. §. 10. *Nic. Christph. de* LYNCKER de formis procuratoriis. Cap. V. §. 1. CARPZOV P. I. Const. I. definit 28. SCHAUMBURG Princip. prax iurid. Cap. II.

gen.

gefertigte Vollmacht muß folgende Bestandtheile enthalten, 1) den Namen, auch Stand, Amt oder Gewerbe, ingleichen den Aufenthaltsort des Gewaltgebers, und wenn ein Vormund einen Actor bestellt, auch den Namen des Pflegbefohlnen. Wenn hingegen ein Minderjähriger den Sachwalter bestellt hat, so muß der Name des Vormundes beygefügt werden [8]). 2) Den Gegenstand des Rechtsstreits, 3) das Gericht, wo derselbe geführt wird, 4) den Namen des Gegentheils, nebst seinem Stand, Amt oder Gewerbe, auch seinem Aufenthaltsorte. 5) Den Namen, auch Stand, Amt und Aufenthaltsort des bestellten Sachwalters. 6) Die Bestimmung der ihm ertheilten Gewalt; auch Genehmigung des bisher verhandelten, wenn der Sachwalter nicht gleich Anfangs eine Vollmacht beygebracht hat. 7) Der Tag, Monat und Jahr. 8) Die Unterschrift des Gewaltgebers [9]), und, wenn derselbe bey der Bestellung des Sachwalters an die Einwilligung eines Andern gebunden war, so ist auch dessen Unterschrift erforderlich, z. B. des Vormundes eines noch

gen. 22. not.***. de COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 202. Estors Anfangsgründe des gem. und Reichsprocesses 2. Th. §. 25. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 85. S. 358. Seyferts teutscher Reichsproceß Kap. V. §. 6. Danz §. 133. Not. ***. S. 228.

8) Dapp §. 253.

9) Wenn der Gewaltgeber nicht schreiben kann, so ist es genug, wenn er statt der Namensunterschrift in Gegenwart eines Notarius oder einer Gerichtsperson oder eines oder zweyer Zeugen drey Creutze macht, deren Aechtheit jedoch von den anwesenden Personen glaubhaft bescheiniget werden muß. Dapp §. 258.

noch minderjährigen Constituenten [10]). Eine Unterſiegelung der Vollmacht iſt jedoch nach gemeinen Rechten eben ſo wenig, als die Unterſchrift des Sachwalters nöthig [11]). Allein daß die Vollmacht auch auf die Erben des Gewaltgebers geſtellet ſeyn müſſe, verordnen nicht nur die teutſchen Reichsgeſetze ausdrücklich [12]), ſondern es iſt dieſes auch dem heutigen Gerichtsgebrauch gemäß [13]).

§. 401.

10) Dapp §. 257. Eben dieſes wird auch bey Frauensperſonen in ſolchen Ländern erfordert, wo die Geſchlechtscuratel eingeführt iſt. Hier müſſen die von Frauensperſonen ausgeſtellten Vollmachten neben ihrer Unterſchrift auch mit der Unterſchrift ihres Curators, verſehen ſeyn. Dapp §. 258. Not. c.

11) Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 41. §. 3. Danz §. 133. Not. *).

12) Jüngſt. Reichsabſch. §. 9. Nach dem Röm. Rechte iſt iſt es nicht nöthig, daß die Vollmacht auch auf die Erben des Gewaltgebers geſtellet wird. Denn da der Sachwalter durch die Litisconteſtation das Eigenthum des Rechtsſtreits erlangt hatte, ſo hörte der gerichtliche Auftrag durch den Tod des Gewaltgebers nicht auf, ſondern der Sachwalter konnte den Rechtsſtreit auch nach dem Tode ſeines Gewaltgebers fortſetzen, und auch das Urtheil auf ihn geſtellet werden. Dapp §. 270—271. Allein da dieſe Wirkungen des dominii litis heut zu Tage nicht mehr ſtatt finden, ſo erlöſcht die Vollmacht durch den Tod des Gewaltgebers. Die Erben deſſelben müßten alſo eigentlich zur Wiederannahme des Rechtsſtreits vorgeladen werden, um ſich zu erklären, ob ſie den Proceß fortſetzen wollten. Weil nun aber dergleichen Ladungen ad reaſſumendam litem zu nicht geringer Verzögerung der Proceſſe gereichten, ſo wurde deßwegen in den jüngſten Reichsabſchiede verordnet, daß die Vollmachten zugleich auf die Erben des Gewaltgebers geſtellt werden ſollen. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 29. *de* LYNCKER de formis procuratoriis Cap. II. §. 7. et 8.

13) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Cap. II. gen. §. 24. Claproths Einleitung 1. Th. §. 85. nr. 1. S. 355. Danz §. 135.

§. 401.

Allgemeine und besondere Vollmacht. Gewalt eines Sachwalters cum libera.

Die Vollmacht eines gerichtlichen Sachwalters kann nun nach dem Unterschiede ihres Inhalts entweder eine General- oder Specialvollmacht seyn. Der Unterschied zwischen einer allgemeinen und besondern Vollmacht ist auf mehr als eine Art zu erklären[14]). Sieht man auf den Gegenstand, das ist auf die zu betreibenden Rechtssachen, so wird diejenige Vollmacht, welche auf alle und jede, den Gewaltgeber betreffende, sowohl gegenwärtige, als künftige Rechtshändel gerichtet ist, eine allgemeine[15]) diejenige hingegen, welche nur auf einen ein-

14) Von dieser Eintheilung handelt sehr ausführlich *Rud. Christ.* HENNE in Diss. sist. selecta quaedam de procuratoribus capita §. 3—8. Man sehe auch Nettelbladts Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit. §. 119.

15) Von einem solchen mandato generali exercendarum litium ist die *L. 60. D. h. t.* zu verstehen, wie *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 27. (*Oper.* T. I. pag. 559.) zeigt. Man vermische damit nicht eine solche Generalvollmacht, die auf alle und jede sowohl gerichtliche als ausergerichtliche Geschäfte geht. (§. 387. nr. IV.) Ein solcher Procurator universalis kann für seinen Principal Gelder in Empfang nehmen, Zahlung leisten, vertauschen, Vergleiche schließen, dem Gegner desselben den Eid deferiren, Novation eingehen, und andere dergleichen Handlungen vornehmen, wozu sonst eine besondere Vollmacht erfordert wird, nämlich wenn solches der Nutzen des Eigenthümers, oder die Natur des ertheilten Auftrags mit sich bringt. *L. 58. et 59. D. h. t. L. 12. D. de pactis. L. 17. §. ult. D. de iureiur. L. 20. §. 1. D. de novat. L. 87. D. de solut.*

einzelnen Rechtsstreit gehet, eine besondere Vollmacht genennt[16]). In dieser erstern Bedeutung fallen nun freylich bey einer Generalvollmacht manche derjenigen Bestandtheile weg, welche nach dem Inhalt des vorigen Paragraphen zu einer schriftlichen Specialvollmacht erfordert werden, nämlich die Nummern 2. 3. 4 und 6. Sodann wird eine allgemeine Vollmacht auch diejenige genennt, welche zwar nur zur Führung einer einzelnen, aber doch zu einer ganzen Rechtssache, und also nicht bloß zu dieser, oder jener Handlung in derselben, ist ausgestellet worden; dahingegen unter einer besondern Vollmacht diejenige verstanden wird, welche bloß zu einzelnen Handlungen in einer streitigen Rechtssache gegeben worden ist[17]). In dieser Bedeutung kann also ein Procurator eine allgemeine Vollmacht haben, wenn er zu einer einzelnen ganzen Rechtssache bestellet ist, welcher in jener erstern Bedeutung nur eine besondere Vollmacht hat. Ich bemerke hierbey, daß es zwar nach dem römischen und canonischen Rechte von

NOODT c. l. *Io.* VAUDUS in var. quaestion. iur. civ. Lib. I. Qu. 47. und VINNIUS in select. iur quaestion. Lib. I. cap. 9. Diese Macht hat hingegen kein Procurator generalis in der oben angegebenen Bedeutung, wie *L. 60. cit. h. t.* lehrt.

16) In dieser Bedeutung verordnet der Jüngst. Reichsabsch. §. 101. daß die in den höchsten Reichsgerichten zu übergebende Vollmachten allgemein und auf alle und jede Rechtssachen des Gewaltgebers gestellet seyn, und keine procuratoria specialia angenommen werden sollen. Dapp §. 283. folgg.

17) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 716. In den Gesetzen wird ein solcher Procurator ad unam speciem constitutus genennt, welcher blos zu einer einzelnen Handlung bevollmächtiget worden. *L. 10. C. h. t. L. 8. C. quib pet. tutor.*

von dem freyen Willen der Partheyen abhängt, ob sie zu einer einzelnen ganzen Rechtssache, oder nur zu einzelnen processualischen Handlungen in derselben, oder überhaupt zu allen ihren sowohl gegenwärtigen als zukünftigen Rechtssachen einen Sachwalter bestellen wollen.[18]). Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wird ein Procurator, der nur zu einer einzelnen processualischen Handlung bevollmächtiget worden, in der Regel nicht zugelassen, sondern er muß zur ganzen Rechtssache bestellet seyn[19]), wofern nicht etwa von solchen Handlungen die Rede ist, welche ihrer Natur nach einen besondern Auftrag erfordern. Daher wird in der Praxis eine Specialvollmacht vorzüglich diejenige genennt, welche auf solche Handlungen gerichtet ist, die ohne einen besondern Auftrag des Gewaltgebers von einem Sachwalter nicht unternommen werden können[20]). Welche Handlungen nun von der Art sind, daß sie einen besondern Auftrag erfordern, ist in den Gesetze nicht deutlich bestimmt, sondern es werden nur hier und da einige Fälle angeführt, und dabey bemerkt, daß in denselben eine auf die ganze Rechtssache gestellte Vollmacht nicht hinreiche, sondern hierzu eine besondere Auftragsertheilung erfordert werde[21]). Es haben indessen die Rechtsge-

18) *L.* 1. §. 1. *L.* 3. *L.* 40. *pr. D. h. t. L.* 63. *D. eod. L.* 17. §. *fin. D. de iureiur. Cap. pen. X. h. t.* Dapp §. 284.

19) K. R. Kammergerichtsordn. 3. Th. 12. Tit. §. 9. HENNE cit. Diss. §. 8. Estors Anfangsgründe des gem. und Reichsprocesses 1. Th. §. 48. nr. I.

20) HENNE cit. Diss. §. 5.

21) *L.* 60. *et* 63. *D. h. t. L.* 25. §. 1. *et L.* 26. *D. de minor. L.* 17. §. 3. *L.* 13. *et* 10. *D. de iureiur. L.* 65. §. 7. *D. pro socio Cap.* 9. *X. de arbitris.*

lehrten hieraus die Regel abgezogen, daß bey allen Handlungen, welche von Wichtigkeit sind, und dem Gewaltgeber grossen Nachtheil bringen können, eine allgemeine Vollmacht nicht hinreichend sey, sondern der Sachwalter, wenn er solche vornehmen wolle, sich mit einer besondern Vollmacht legitimiren müsse[22]). Da es jedoch Handlungen im Proceß giebt, welche von nachtheiligen Folgen für den Principal seyn können, und welche dennoch keinen besondern Auftrag erfordern, z. B. die Litiscontestation, Antwort auf Positionen oder Saßstücke[23]) u. d. so ist jene Regel noch näher dahin zu bestimmen, daß Handlungen, welche von grossem Präjudiz sind, nur in sofern einen besondern Auftrag erfordern, als es sich aus der Natur des ertheilten Auftrags nicht schon von selbst versteht, daß derselbe auch auf solche einzelne Handlungen mit gehe[24]). Zu den gerichtlichen

22) *Mich. Henr.* GRIEBNER Diss. de Mandato speciali et actibus qui sine eo a procuratore in iudicio peragi nequeunt. *Vittemb. 1712.* (in *Opuscul. Halae. 1722. 4.* T. V. pag. 192. sqq.) *Just. Henn.* BOEHMER in Iure eccles. Protestant. Tom. I. Lib. I. Tit. 38. §. 10. WERNHER Observat. for. T. I. Part. V. Obs. 105. Estors Anfangsgründe 1. Th. §. 50. und besonders Dapp §. 515. u. 516.

23) Verschiedene Rechtsgelehrten wollen zwar auch zur Einlassung auf die Klage einen besondern Auftrag erfordern; man sehe Dapp §. 519—521. Allein mit dem Gerichtsgebrauche stimmt dieses nicht überein. S. CARPZOV in Processu Tit. V. Art. 2. nr. 50. *de* LYNCKER Tr. de formis procuratoriis. Cap. V. §. 28. und WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. X Obs. 483. Estors Anfangsgr. des gem. u. Reichsprocesses 1. Th. §. 50. nr. II.

24) HENNE cit. Diss. §. 10. und Nettelbladt in dem Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelehrsamkeit §. 119.

chen Handlungen, welche einen besondern Auftrag erfordern, gehören nun z. B. die Schliessung eines Vergleichs, die Ernennung eines Schiedsrichters, die Entsagung eines schon anhängig gemachten Rechtsstreits, Eideszuschiebung, Annehmung oder Zurückschiebung eines Eides, Erhebung der eingeklagten Gelder, und Quittirung über dieselben, Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Recusirung des Richters u. d.[25]). Man kann endlich auch noch die Vollmachten in Ansehung der dem Sachwalter verliehenen Gewalt in allgemeine und besondere eintheilen. In dieser Rücksicht heißt diejenige Vollmacht eine allgemeine, welche auf die Betreibung einer streitigen Rechtssache überhaupt gerichtet ist, ohne daß gewisse einzelne bey deren Verhandlung vorkommende Geschäfte darin benennt worden sind; eine besondere hingegen wird diejenige genennt, in welcher die Handlungen, die bey Führung der aufgetragenen gerichtlichen Rechtssache vorzunehmen, besonders bestimmt und ausgedruckt sind[26]). Erstere kann wieder von zweyerley Art seyn, sie enthält entweder die Clausel: ich gebe meinem Sachwalter hiermit zugleich freye Macht und Gewalt, alles dasjenige bey dieser Sache zu verrichten, was ich selbst, wenn ich zugegen wäre, verrichten würde, könnte, oder sollte; oder sie enthält diese Clausel nicht. In dem ersten Falle nennt man eine solche Vollmacht ein *mandatum generale cum libera*, im letztern hinge-

 gen

25) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 13. WERNHER c. l. §. 10 LYNCKER cit. Tract. Cap. V. §. 20. et seqq. de COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 10. und besonders Dapp §. 517—538.

26) Rettelbladt a. a. O.

gen ein *mandatum generale ſimpliciter tale*[27]). Den Unterſchied zwiſchen dieſen beyden Arten der Bevollmächtigung ſetzt man gewöhnlich darin, daß derjenige, welcher ein mandatum generale cum libera erhalten, auch ſolche Handlungen zu unternehmen befugt ſey, wozu ſonſt ein mandatum ſpeciale erfordert wird; dahingegen ein ſolcher Sachwalter, der ein mandatum generale ohne die Clauſel: cum libera hat, diejenigen Handlungen, welche einen beſondern Auftrag erfordern, nicht verrichten dürfe[28]). Allein wenn gleich dieſer Unterſchied in dem päbſtlichen Rechte allerdings gegründet iſt, nach welchem ſogar ein Sachwalter, wenn er gleich nicht cum libera beſtellet iſt, dennoch in dem Falle, da in der Vollmacht einige derjenigen Handlungen, welche einen beſondern Auftrag erfordern, namhaft gemacht ſind, und die Clauſel: und dergleichen, beygeſetzt worden, auch andere Handlungen, die nicht ausgedruckt ſind, wenn ſie nämlich den ausdrücklich benannten gleich oder weniger wichtig ſind, gültig vornehmen kann[29]); ſo wird doch dieſe Verordnung des

72) HENNE cit. Diſſ. §. 3. et 5. Es kann jedoch auch ein mandatum ſpeciale eben ſowohl cum als ſine libera ſeyn, je nachdem ein Sachwalter zu einem ſolchen Geſchäfte, das an und für ſich eine beſondere Vollmacht erfordert, z. E. zur Schlieſſung eines Vergleichs, eine unumſchränkte Macht und Gewalt ertheilt worden, das aufgetragene Geſchäft nach ſeinem eigenen Gutbefinden zu Stande zu bringen, oder nicht. HENNE §. 7.

18) *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 716. Dapp §. 265—268. Danz Grdſ. des gem. ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 136.

29) *Cap. 4. et 5. de procurat. in VI. Clem. 2. h. t.*

des päbstlichen Rechts nach dem Zeugnisse der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten heutiges Tages nicht mehr befolgt[30]; es nimmt vielmehr der Gerichtsgebrauch zur allgemeinen Regel an, daß die Clausel: cum libera so wenig bey gerichtlichen als ausergerichtlichen Bevollmächtigungen den Mangel eines besondern Auftrags in den Fällen ersetzen könne, da solcher gleichwohl an sich und nach der Beschaffenheit des Geschäfts nöthig war[31]. Uebrigens werden bey einer unbestimmten Generalvollmacht die Grenzen derselben theils durch den Nutzen des Gewaltgebers, theils durch die Natur des ertheilten Auftrags bestimmt, so wie im Gegentheil bey einer Specialvollmacht die Grenzen dem Sachwalter vorgezeichnet sind, die er, ohne Nichtigkeit zu begehen, nicht überschreiten darf[32], wofern nicht etwa von solchen Handlungen die Rede ist, die unter den ausdrücklich benannten begriffen, oder mit denselben nothwendig verbunden sind, als welche für stillschweigend aufgetragen allerdings zu halten sind[33].

30) BOEHMER in iure eccles. Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 3. BERGER Elect Discept. for. pag. 253. HENNE cit. Diss. §. 8.

31) STRYK de cautelis contractuum Sect. II. Cap. XI. §. 4. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 216. LUDOVICI Us pract. Distinction. iurid. h. t. Dist. 5. *de* LYNCKER de formis procuratoriis Cap. V. §. 41. Estors Anfangsgr. des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th §. 49. nr. 1. und besonders Quistorps Abh. ob ein sogenanntes mandatum cum libera den effectum mandati specialis habe? in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien. 2. St. Nr. XI. oder nach der neuern Ausgabe Nr. XXVII.

32) *L. 10. C. h. t. L. 49. D. eod.*

33) LAUTERBACH in collegio Pandectarum h. t. §. 60. GRIEBNER Diss. de Mandato speciali §. 21. und *Anh.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Pandectar. h. t. §. 8.

§. 402.

Pflichten eines gerichtlichen Sachwalters.

Zu den Pflichten eines Sachwalters, welcher nämlich zum Nutzen des Gewaltgebers bestellet worden, gehört, 1) daß er das ihm aufgetragene Geschäft in eigener Person vor Gericht besorge. Denn schon nach der Natur des Bevollmächtigungscontracts muß dem Gewaltgeber immer sehr viel daran gelegen seyn, daß seine Sache keinem andern überlassen werde, als auf welchen er selbst sein Zutrauen gesetzt hat. Ein Sachwalter ist daher ordentlicherweise zur Ernennung eines Substituten oder Afteranwalds nicht befugt, wofern ihm dieses Recht von seinem Principal nicht ausdrücklich eingeräumt worden ist. Nach dem römischen Rechte kann zwar ein jeder Sachwalter nach der Litiscontestation einen Afteranwald bestellen, ohne daß es einer besondern Einwilligung des Principals bedarf [34]); und eben dieses hat auch das canonische Recht bestätiget [35]). Allein da der Grund hiervon unstreitig in dem durch die Litiscontestation erlangten Eigenthume des Rechtsstreits liegt, dessen Wirkungen heutiges Tages wegfallen; (§. 390. S. 244) so läßt sich von jenen Vorschriften des römischen und päbstlichen Rechts um so weniger ein heutiger Gebrauch machen, da der jüngste Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 100. ausdrücklich verordnet, daß die Partheyen schuldig seyn sollen, gleich zu Eingang des Rechtsstreites dem Procurator einen Substituten auf den Fall beyzuordnen, da jener mit Tode abgehen, oder sonst an der Fortsetzung der Sache gehindert werden sollte; wodurch also die vorhin erwähnte Wirkung des dominii litis insbeson-

34) *L.* 11. *et* 23. *C. h. t. L.* 4. §. 5. *D. de appellat.*
35) *Cap.* 1. *h. t. in VIto.*

sondere aufgehoben worden ist[36]). Ein Sachwalter muß ferner bey der Besorgung des ihm aufgetragenen Geschäfts den möglichsten Fleiß und Sorgfalt anwenden, und daher allen durch sein Verschulden zugefügten Schaden ersetzen[37]). Nicht minder ist es Pflicht des Sachwalters das übernommene Geschäft, so weit desselben Auftrag reicht, zu Stande zu bringen; er darf daher vor Beendigung der Sache ohne rechtmässige Ursache nicht abgehen, sofern dergleichen unzeitige Renunciation dem Gewaltgeber zum Nachtheil gereichen würde[38]). Er muß überhaupt die Pflichten eines redlichen Mannes nie auffer Augen setzen.

§. 403.

Von den mancherley Clauseln einer Vollmacht.

Man pflegt die Vollmachten mit mancherley Clauseln anzufüllen, welche man ganz füglich in die nothwendi-

 gen,

36) BOEHMER in iure eccles. Protestant. Tom. I. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 50. HENNE select. de procuratoribus cap. §. 13. — 15. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. § 86. nr. VII. S. 365. Danz Grds. des gem. ordentl. bürgerl. Processes. §. 135. Not a. Mehrere Rechtsgelehrte behaupten indessen, daß das gesetzliche Substitutionsrecht dem Sachwalter auch noch h. z. T. nach der Litiscontestation zustehe. LAUTERBACH in Diss. de procuratore substituto. Cap. III. §. 10. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 39. *de* LUDOLFF Observat. for. P. II. Obs. 223. nr. 6. pag. 655. Dapp §. 68. ff. u. a. m.

37) *L.* 13. u. 21. *C. mandati.* PESTEL Diss. illustr. varias controv. circa materiam de procuratoribus. *Rintelii* 1743. §. 10.

38) WERNHER Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 345. MEVIUS Tom. I. P. IV. Decis. 248. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 60. in fin.

gen, nützlichen, und überflüssigen eintheilen kann [30]). Zu den Clauseln der ersten Art, welche von den Gesetzen aus gewissen zweckmässigen Gründen als nothwendig vorgeschrieben sind, gehören folgende: 1) die *clausula substituendi*, wodurch dem Sachwalter die Befugniß ertheilet wird, einen Afteranwald zu bestellen. 2) Die *clausula heredum*, wodurch die Vollmacht zugleich auf die Erben des Gewaltgebers gestellet wird. Zu den Clauseln der andern Art gehört 1) die *clausula hypothecae bonorum*, wodurch dem Sachwalter wegen der ihm gebührenden Schadloshaltung ein Unterpfandsrecht auf dem Vermögen des Gewaltgebers ertheilet wird. 2) Die *clausula cum libera*, wodurch dem Sachwalter freye Macht und Gewalt gegeben wird, alles zu thun, was der Gewaltgeber selbst, wenn er gegenwärtig wäre, verrichten würde. Denn so wenig auch ein mandatum generale cum libera der Regel nach den Mangel eines besondern Auftrags ersetzt, (§. 401,) so nützlich ist im Gegentheil diese Clausel bey einer Specialvollmacht, weil derjenige, der unter dieser Clausel einen besondern Auftrag zur Schliessung eines gewissen Vergleichs, oder eines andern Geschäfts erhalten hat, mit Grunde nicht befürchten darf, daß ihm in Ansehung der Art und Weise Streit gemacht werden könne, indem von demjenigen, welcher zu Geschäften, wozu der Regel nach eine genaue und bestimmte Vollmacht erfordert wird, seinem Anwalt unumschränkte Macht und Gewalt ertheilt, nicht anders zu vermuthen ist, als daß er bey der Ausrichtung und zu Standebringung des Geschäfts alles seinem Gutbefinden habe

30) S. Christ. Gottl. Gmelins Vorrede zu Dapps Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß.

habe überlassen wollen[40]). Endlich zu den ganz überflüssigen Clauseln der Vollmachten gehören 1) die Eidesclauseln, weil der Bevollmächtigungscontract schon durch die bloße Einwilligung verbindlich wird, und wesentliche Mängel dadurch nicht geheilet werden können. Die Clausel *rati, grati et indemnitatis*, daß der Gewaltgeber die Handlungen seines Sachwalters genehmigen, und denselben schadlos halten wolle. Denn es liegt schon in der Natur des gegebenen Auftrags, daß der Gewaltgeber alles, was dem Auftrag gemäß in seinem Namen gehandelt worden, als von ihm selbst geschehen anerkennen, auch den Anwald wegen aller durch den Auftrag gehabten Kosten entschädigen muß, und im Gegentheil, was ohne oder wider seinen Auftrag geschehen ist, ihn nie verhindern könne, auch wenn jene Clausel in der Vollmacht steht. 3) die Clausel: alles getreulich und ohne Gefährde. Dieß versteht sich von selbst. Endlich 4) die Clausel: sollte auch meinem Anwald eine mehrere Gewalt, als hierin ausdrücklich begriffen, vonnöthen seyn, will ich ihm solche, gleich als ob er hierdurch dazu in specie cum libera bevollmächtiget wäre, gegeben und mitgetheilt haben. Denn dieser Clausel ungeachtet muß der Sachwalter doch, wenn er Handlungen, wozu ein besonderer Auftrag erfordert wird, vornehmen will, sich besonders bevollmächtigen lassen[41]).

§. 404.

40) Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 2. St. Nr. XI. 187. u. folg.

41) BOEHMER in iure eccles. Protest. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 3. in fin. Dapp §. 261. und Danz Grds. des bürgerl. Processes §. 134. am Ende.

§. 404.

Wirkungen einer mangelhaften und muthmaßlichen Vollmacht.

Ist eine Vollmacht mangelhaft, so kommt es darauf an, ob wesentliche Bestandtheile derselben fehlen, z. B. die Unterschrift des Gewaltgebers, oder desjenigen, ohne dessen Einwilligung er Vollmacht zu ertheilen nicht berechtiget war; (§. 400.) oder der Mangel greift in das Wesentliche der Vollmacht nicht ein, sondern betrift nur solche Erfordernisse, und Clauseln, durch deren Unterlassung zwar der Gewißheit des ertheilten Auftrags nichts entgeht, welche aber doch aus guten Gründen in den Gesetzen vorgeschrieben sind, z. B. die clausula heredum und substituendi. In dem erstern Falle kann einem solchen wesentlichen Mangel der Vollmacht durch keine Caution de rato abgeholfen werden, sondern der Richter muß den angeblichen Sachwalter von Amtswegen abweisen, und kann ihn nicht eher zulassen, als bis dem Fehler auf eine solche Art abgeholfen worden ist, daß der Richter von der Gewißheit des gegebenen Auftrags sich vollkommen überzeugen kann. Es kann auch ein solcher Mangel, weil er eine Nichtigkeit in Ansehung des ganzen processualischen Verfahrens nach sich zieht, von der Gegenparthey zu aller Zeit, und in jedem Theile des Processes in Anregung gebracht werden[42]). In dem letztern Falle hingegen muß zwar sowohl der Richter von Amtswegen, als auch der Gegner Rücksicht darauf nehmen, so lange noch der Fall eintreten kann, daß jene Clauseln von Nutzen sind[43]); allein die dem

42) Gmelins Vorrede zu Dapps Versuch über die Legitimation zum Proceß. S. 21—23. Danz §. 137.

43) Man sehe Gmelins Vorrede zu Dapps angef. Versuch S. 19.

dem Gegentheile wegen solcher ausserwesentlichen Fehler zustehende Einrede findet nach der Regel, die bey allen dilatorischen Einreden gilt, nur vor der Litiscontestation statt [44]), und dann entsteht auch aus deren Unterlassung nie eine unheilbare Nichtigkeit [45]).

Soviel hingegen die Wirkung einer vermutheten Vollmacht anbetrift, so wird nun 1) ein vermutheter Sachwalter anders nicht zugelassen, als wenn er die erforderliche Sicherheit bestellt. Diese besteht a) in dem Falle, da der vermuthete Sachwalter für die klagende Parthey handelt, in der cautione rati oder derjenigen Sicherheit, daß der Kläger, in dessen Namen er erscheint, seine Verhandlungen genehmigen werde [46]). Nach dem römischen Rechte kann zwar diese Caution nur vor der Einlassung auf die Klage gefordert werden [47]); allein daß selbige nach der Meinung der meisten practischen Rechtsgelehrten heutiges Tages auch noch nach der Litiscontestation verlangt, ja sogar von richterlichen Amtswegen dem Sachwalter auferlegt werden könne, ist schon an einem andern Orte [48]) bemerkt worden. Die Wirkung dieser Caution besteht nun darinn, daß der Sachwalter, wenn die Genehm-

44) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 85. S. 359.

45) Gmelins Vorrede S. 17.

46) *L.* 40. §. 3. *D. h. t.* L. 21. *C. eod.* Dapp von der Legitimation z. Proceß §. 475—505.

47) *L.* 40. §. 3. *D. cit.*

48) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 245. Not. 59. S. 387.

nehmigung nicht erfolgt, das Interesse leisten muß [49]). Daher pflegt in Praxi der Richter gleich Anfangs eine gewisse Summe, statt des Interesse, festzusetzen, welches auch allerdings anzurathen ist, damit am Ende nicht ein neuer Streit entstehe [50]). Wenn hingegen b) der vermuthete Sachwalter für den Beklagten erscheint, so muß er, wenn die Klage eine dingliche ist, neben der Sicherheit wegen der Genehmigung, auch noch Caution wegen Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils bestellen [51]); dahingegen, wenn die wider den Beklagten, für welchen der vermuthete Sachwalter handeln will, angestellte Klage eine blos persönliche ist, letzterer ordentlicherweise keine Sicherheit wegen der Genehmigung leisten darf, sondern es wird in diesem Falle die Sicherheitsbestellung wegen Erfüllung des Urtheils für hinreichend gehalten [52]).

2) Be-

49) *L.* 13. *L.* 19. *D. rem rat. haberi.* HENNE Diss. de personis ex mandato praesumto in iudiciis agentibus §. 23. WERNHER Obs. for. T. I. P. I. Obs. 147. Da sich jedoch die Gewalt eines muthmaßlichen Sachwalters nicht auf solche Handlungen erstreckt, welche einen besondern Auftrag erfordern, so kann auch derselbe, einer solchen Handlung wegen, nicht auf das Interesse belangt werden; WERNHER Observ. for. T. II. P. VI. Obs. 359. es wäre denn, daß er deshalb eine besondere cautionem de rato geleistet hätte. *L.* 26. *pr. D. de minor. L.* 5. §. 18. *L. de novi oper. nunciat. L.* 1. *C. h. t.* RIVINUS in Enunciat. iur. Tit. VII. En. 16. und HENNE in Diss. selecta quaed. de procuratoribus capita cont. §. 12.

50) HENNE cit. Diss. §. 24. Danz Grds. des gemeinen bürgerl. Processes §. 137. am Ende.

51) *L.* 40. §. 2. *L.* 46. *D. h. t. L.* 53. *D. eod. L. un. C. de satisdat.*

52) *L.* 45. §. *fin. D. h. t.* Dapp §. 505—507. Danz Grds. des gem. bürgerl. Processes §. 143.

2) Behaupten zwar mehrere Rechtsgelehrte[53]), daß eine muthmasliche Vollmacht blos die Wirkung habe, daß ein solcher vermutheter Sachwalter im Anfange des Rechtsstreits zugelassen werde, bey der weitern Fortsetzung der gerichtlichen Handlungen aber doch noch eine wahre Vollmacht beybringen müsse, worin zugleich das bisher verhandelte genehmiget wird. Allein den römischen Gesetzen ist diese Meinung nicht gemäß, nach welchen ein vermutheter Auftrag nicht nur im Anfange des Rechtsstreits, sondern auch in der Folge der processualischen Verhandlungen wirksam ist, und nicht erst noch durch Beybringung einer wahren Vollmacht bekräftiget werden darf[54]). Nur bey denjenigen, welche nie zur Sache gehörigen Urkunden besitzen, macht die Reichskammergerichtsordnung[55]) eine Ausnahme[56]). (§. 388. S. 238.)

53) Hoffmann teutsche Reichspraxis §. 203. Estor Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses §. 2153. Claproth Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 84. Danz Grdf. des gem. bürg. Proceßes §. 141.

54) *L.* 35. *pr. D. h. t. L.* 40. §. 4. *D. eod. L.* 12. *C. h. t.*

55) 1. Th. Tit. 21. §. 2.

56) Dapp §. 450.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 9. §. 347. Z. 1. ist statt das vielmehr daß zu setzen.

S. 91. sind der Not 45. noch beyzufügen: Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristenfacultät 2. Band Nr. XXXI. S. 355.

S. 96. Z. 9. ist statt zur Zeit der Theilung zu lesen: zur Zeit des Todes ihrer Mutter.

S. 172. Not. 69. ist beyzufügen: *Nic. Fern. de* CASTRO Praelect. solemn. ad L. un. Cod. de gladiatoribus penitus toll. (in *Thes. Meermann.* T. 2. p. 369. seqq).

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Fünften Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1799.

Lib. III. Tit. IV.

Quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur.

§. 405.

Wer heißt ein Syndicus?

Corporationen und Gemeinheiten können bey vorfallenden Rechtsstreitigkeiten nicht in Person vor Gericht erscheinen, (§. 398. nr. 3.), sondern müssen einen gemeinschaftlichen Anwald bestellen, welcher in den Gesetzen *Syndicus*, zuweilen auch *Actor universitatis* [1]) genennt wird. Man versteht also unter einem Syndicus einen solchen Anwald, welcher von einer Gemeinheit, z. B. von einer Stadt, oder Dorfschaft, oder Academie, oder Zunft, und dergleichen, zur Betreibung der sie betreffenden gerichtlichen Geschäfte bevollmächtiget ist [2]).

§. 406.

1) L. 1. §. 1. L. 2. L. 6. §. 2. et 3 D. h. t. Ein *Actor* wurde gewöhnlich nur zu einem einzelnen schon vorhandenen Rechtsstreite bestellt, dahingegen ein Syndicus ad lites omnes sowohl praesentes als futuras bestellet werden konnte. S. LOSSAEUS de iure universitatum. P. II. Cap. I. nr. 35.

2) LAUTERBACH Diss. de Syndicis *Tub.* 1656. *Ern. Mart.* CHLADENII Singularia quaedam de syndicis et instrumento syndicatus *Vitemb.* 1757. *Henr. Car.* WINTER Diss. de differentiis inter procuratorem et syndicum veris et spuriis, praes. *Rud. Christph.* HENNE def. *Erfordiae* 1770.

§. 406.

Wessen Procurator ist eigentlich der Syndicus?

Ein Syndicus ist nun blos Procurator der Gemeinheit, als eine moralische Person betrachtet, aber nicht Bevollmächtigter der einzelnen Mitglieder derselben [3]). So wie daher eine Gemeinheit immer dieselbe bleibt, wenn auch derselben Mitglieder sich ganz oder zum Theil verändern [4]); so hört auch das Amt eines Syndicus darum nicht auf, wenn auch die meisten Mitglieder der Gesellschaft, die denselben gewählt haben, nachher mit Tode abgegangen wären, oder dem Rechtsstreite entsagt hätten [5]). Hieraus folgt auch, daß ein Syndicus die Processe einzelner Gemeindeglieder zu führen nicht verbunden ist [6]), es wäre denn, daß sie eine solche Sache beträfen, wobey zugleich wegen der daraus entstehenden Folgen die ganze Gemeinde interessirt ist. Z. B. die Gutsherrschaft verlangt von einzelnen Bauern gewisse Frohnen, welche auch den übrigen Dorfsgenossen zur Last gereichen dürften, wenn die Gutsherrschaft den Proceß gewinnt. Hier ist es Pflicht des Syndicus, sich dieser einzelnen Mitglieder der Gemeinde anzuneh-

3) *L. 2. D. h. t.*

4) *L. 7. §. 2. D. h. t.*

5) BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. X. Th. 5. Not. 2. WERNHER T. III. P. I. Observ. 2. nr. 10. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LIV. medit. 13. und besonders *Maur. Adolph.* ENGEL Diss. de syndicatu, et eius valida renunciatione. *Lipsiae* 1747. §. 15. seqq.

6) Ganz recht sagt daher POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. V. not. a. *Non tenebitur singulos defendere Syndicus, si reconveniatur.*

nehmen [7]). Aus jenen Prämissen ergiebt sich endlich, daß wenn mehrere Litisconsorten, welche die Rechte einer Gemeinheit nicht haben, gesetzt auch, daß sie unter sich zu einem gemeinschaftlichen Zweck und Nutzen verbunden sind, ja sogar deswegen mit einem collectiven Namen bezeichnet werden, wie z. B. die Hüfner, die Anspänner, die Koßäthen, einen gemeinschaftlichen Anwald bestellen, dieser dennoch kein Syndicus, sondern ein bloßer Sachwalter sey [8]); welches dann die rechtliche Folge hat, daß die demselben ausgestellte Vollmacht von allen unterschrieben werden muß, und es nicht für hinreichend zu halten ist, wenn es nur etwa von dem größten Theile derselben geschehen wäre [9]).

§. 407.

Von Syndiken gilt, was bey Procuratoren Rechtens ist.

Syndiken kommen übrigens in den meisten Stücken mit den Sachwaltern überein [10]); was daher in dem vorhergehenden Titel von den Sachwaltern überhaupt gesagt worden, findet auch bey Syndiken statt. Ein Syndicus muß daher, wie jeder anderer Procurator, mit einer Voll-

7) CHLADENIUS cit. Diss. §. 17. 18. et 19.

8) LEYSER Specim. LIV. medit. 1. et 2. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. X. Th. 1. Not. 3. et in Resolut. leg. obstant. comp. Lauterbach h. t. pag. 102.

9) WINTER cit. Dissert. §. 1.

10) In dem kanonischen Rechte werden daher die Syndiken auch Procuratoren genennt. *cap. 7. X. de procurat. cap. 9. X. eod. cap. 2. X. de in int. restitut.* BOEHMER ius eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 39. §. 3. WINTER cit. Diss. §. 3.

macht versehen seyn. Diese Vollmacht wird zwar gewöhnlicher weise schriftlich ertheilt, und heißt ein Syndicat. Allein es kann doch auch, wie Leyser [11]) bemerkt hat, die Bestellung eines Syndicus durch einen stillschweigenden Auftrag geschehen; nämlich wenn jemand in Gegenwart und ohne Widerspruch, entweder der Gemeinde selbst, oder ihrer Vorsteher, in sofern diesen die Besorgung aller die Gemeinde betreffenden rechtlichen Angelegenheiten ausschließlich übertragen ist, als deren Sachwalter vor Gericht handelt. Jedoch gilt auch hier, was oben (§. 387. S. 223.) von einer solchen stillschweigenden Bevollmächtigung bey Procuratoren bemerkt worden ist. Daß auch ein Syndicus zuweilen vermöge eines vermutheten Auftrags zugelassen, und daher der Mangel eines Syndicats durch eine cautionem rati ergänzt werden könne? ist schon an einem andern Orte (§. 388. S. 234. f.) gezeigt worden. Zwar läugnen dieses mehrere Rechtsgelehrten [12]) schlechterdings, weil Ulpian [13]) lehrt, was man einer Commüne schuldig ist, sey man nicht einzelnen Mitgliedern derselben schuldig, und was im Gegentheil eine Gemeinheit schuldig ist, könne nicht von einzelnen Mitgliedern derselben gefordert werden. Es könnten daher auch die einzelnen Mitglieder einer Gemeinheit, die in einem Proceß verwickelt worden, nicht für Litisconsorten gehalten werden. Allein wenn der Proceß von der Art ist, daß,

11) Specim LIV. medit 8.

12) SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. X. §. 56. BERGER in Resolut legg. obstant. comp. Lauterbach. Lib. III. Tit. 3. Qu. 1. nr. 3. pag. 95. LAUTERBACH Diss. de cautione rati th. 22. et in Dissert. de Syndicis §. 80. et 81. ENGEL cit. Diss. §. 6.

13) *L. 7. §. 1. D. h. t.*

daß er das besondere Interesse jedes einzelnen Mitgliedes der Gemeinheit betrift, z. B. es wird über das Huth- und Weiderecht, oder über das Beholzigungsrecht der Gemeinheit gestritten, so kann nach der richtigern Meinung bewährter practischer Rechtsgelehrten auch ein einzelnes Mitglied Namens der Gemeinde gegen eine cautionem rati zugelassen werden [14]).

Sind mehrere Syndiken zu einerley Rechtssache bestellt worden, so gelten hier die nämlichen Grundsätze, welche in dem vorigen Titel bey den Procuratoren (§. 395.) sind vorgetragen worden. Viele Rechtsgelehrten behaupten zwar, daß die Bestellung mehrerer Syndiken jederzeit unter der Clausel: sammt und sonders zu verstehen sey, wenn auch selbige nicht ausdrücklich wäre beygefügt worden [15]). Allein daß diese Meinung, wenn sie gleich die Praxis annimmt, wenigstens in den Gesetzen nicht gegründet sey, als welche hierin zwischen Syndiken und andern Procuratoren keinen Unterschied machen [16]), ist schon von andern hinlänglich gezeigt worden [17]).

14) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 7. BERGER Oecon. iur. pag 714. (edit. *Winkler.*) und andere, welche von mir ad §. 383. Not. 7. S. 235. sind angeführet worden. Siehe auch WINTER cit. Diss. §. 10.

15) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. X. Th. 53. et 54. CARPZOV P. I. Decis. 26. n. 7. LAUTERBACH Diss. cit. de Syndicis Cap. II. § 55. WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. V. Obs. 160. ZIEGLER ad *Lancelottum* Lib. III. Tit. III. §. 7. HAHN ad *Wesenbecium* h. t. nr. 5. LUDOVICI in doctr. Pandectar. h. t. §. 5. u. a. m.

16) *Cap. 6. de procurat. in 6.*

17) *I. H.* BOEHMER in iure eccles. Protest. Tom. I. Lib. I. Tit. 39. §. 4. STRYK Us. mod. Pandectar. h. t. §. 12. BERGER Elect.

§. 408.

Wie ist ein Syndicus zu bestellen?

Bey der Bestellung eines Syndicus kommt es vor allen Dingen auf die besondere Verfassung einer jeden Gemeinheit an. Ist den Vorstehern derselben die Besorgung aller sie betreffenden rechtlichen Angelegenheiten ausschließlich übertragen, so können dieselben, auch ohne Zuziehung der übrigen Mitglieder, Syndiken bestellen [18]). Wenn hingegen der Syndicus von der Gemeinde selbst bestellet wird, so müssen 1) alle Mitglieder derselben, denen ein Stimmrecht zusteht, von demjenigen, welcher dazu berechtiget ist, gehörig zusammen berufen werden [19]); von diesen müssen 2) wenigstens zwey Drittheile erscheinen, und die mehresten derselben in die Wahl einwilligen [20]). Ich bemerke hierbey noch folgendes:

D) Ist

Elect discept. for. Tit. VII. Obs. 6. nr. 4. pag. 271. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 721. und WINTER cit. Diss. §. 22.

18) *L. 6. §. 1. D h. t.* Parvi enim refert, ipse Ordo elegerit, an is, cui Ordo negotium dedit. BOEHMER Ius eccles. Protest. Lib. I Tit. 39. §. 1 STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8.

19) *L. 2. C. de decurion.*

20) *L. 3. D. h. t. L. 19. D. ad Municipal.* Die Mehrheit der Stimmen, die zur Bestellung eines Syndicus erfordert wird, ist nach der Zahl der anwesenden Gemeindeglieder, nicht aber in Rücksicht der geringern Zahl derjenigen zu beurtheilen, welche etwa einem andern ihre Stimme gegeben haben. Wenn daher z. B. von neun Wählenden zwey dem A. drey dem B. und vier dem C. ihre Stimme gegeben hätten, so hat zwar C. die Mehrheit der Stimmen in Rücksicht des A. und B. für sich, aber die Wahl

I) Ist ein Mitglied der Gemeinheit übergangen, und zur Syndicatswahl nicht gebührend eingeladen worden, so ist die ohne dasselbe vorgenommene Wahl für gültig nicht zu halten, und kann mit Grunde angefochten werden, wenn zumal erhebliche Einwendungen gegen die Person und Fähigkeit des gewählten Syndicus vorgebracht werden könnten[21]).

II) Daß auch Pupillen und Minderjährige mit ihren Vormündern zur Wahl berufen werden müssen, wie unser Verfasser behaupten will, ist zwar der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten allerdings gemäß, nach welcher daher auch die Legitimation der Vormünder und Curatoren durch Beybringung ihrer Tutorien und Curatorien zuvörderst zu berichtigen ist[22]); allein es gründet sich dieses mehr auf sächsisches[23]), als auf gemeines Recht[24]).

III) Um zu berechnen, ob zwey Drittheile der Gemeindeglieder bey der Wahl gegenwärtig gewesen, ist auch

Wahl ist doch nicht gültig, weil nicht maior pars, praesentium, wie die Gesetze erfordern, in die Wahl gewilliget hat. *Cap. 48. 50. et 55. X. de elect. Io.* ALTAMIRANUS in Commentar. ad libr. I. Quaestion. Scaevolae Tract. I. ad L. 19. D. de Municipal. §. 6. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 386.)

21) *Cap. 28. pr. et cap. 34. X. de elect.* LEYSER Specim. LIV. med. 4.

22) BOEHMER in iure Digestor. h. t. §. 5. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Cap. II. gen. §. 29. Danz Grundsätze des gem. bürgerl. Processes §. 146.

23) CARPZOV P. I. Const. XIII. Definit. 8. n. 4. et 5.

24) *L. 2. §. 1. D. de reg. iur.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 17. STRYK h. t. §. 10. und Estors Anfangsgründe des gemein. u. Reichsprocesses 1. Th. §. 84.

derjenige selbst mitzuzählen, der aus der Mitte der Gemeinheit zum Syndicus gewählt worden ist[25]).

IV) Bey der Wahl eines Syndicus kann der Vater seinem Sohne, und der Sohn seinem Vater seine Stimme geben[26]), ohne daß das Verhältniß der väterlichen Gewalt hierbey in Betrachtung kommt[27]). Ob aber ein Gemeindeglied sich selbst wählen, und solches daher zum Syndicus bestellet werden könne, wenn es, mit Inbegriff seiner eigenen Stimme, die Majorität für sich hat? ist sehr streitig. Einige Rechtsgelehrten[28]) tragen kein Bedenken, dieses zu behaupten, allein die meisten sind der entgegengesetzten Meinung[29]), und diese letztere ist auch ohne Zweifel sowohl der Natur der Sache, als der Rechtsanalogie gemäßer. Die Gesetze lassen nicht nur in andern Fällen keine Selbstwahl zu[30]), sondern es würde auch in der That bey

25) *L. 4. D. h. t.*

26) *L. 5. D. h. t.*

27) *L. 6. pr. D. h. t.*

28) BERGER Resolut. legg. obstant. h. t. Qu. 1. pag. 103. *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 1. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not c. et d.

29) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 7. NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag 94. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Digest. h. t. § 2. LAUTERBACH in Diss. de Syndicis membr. I. cap. I § 38—40. et in colleg th pract. Pand. h. t. §. 12. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 10. und BACH in Annotation. ad BERGERI Oecon. iur. Lib. IV. Tit. X. Th. II. Not 1.

30) *L. ult. D. de offic. pract. L 5. D. de offic praef. L. 4. D. de tutor. et curator. dat. et tot. Tit. Cod. ne quis in sua cauf. iudic.*

bey Collegien und Gemeinheiten nie eine Wahl zu Stande kommen, wenn jedes Mitglied sich selbst wählen könnte. Paulus sagt auch in der Stelle[31]), auf welche sich die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung berufen, ganz und gar nicht, daß der Gewählte selbst darum mitzuzählen sey, damit die Mehrheit der Stimmen herauskomme, sondern damit die Anzahl von zwey Drittheilen vorhanden sey, welche zur Wahl erforderlich ist; und nach dem kanonischen Rechte[32]) kann auch der Gewählte nur dadurch eine Majorität bewirken, wenn bey einer Stimmengleichheit, von denen der eine Theil ein Mitglied der Gemeinde wählte, dieses in die Wahl eingewilliget hat. Endlich

V) wenn darüber gestritten wird, ob bey der Wahl des Syndicus alles regelmäßig zugegangen, und alle Glieder der Gemeinde gehörig convocirt worden sind, so kommt es darauf an, ob die Wahl von dem Gegner der Gemeinde oder von einem Mitgliede derselben angefochten wird, im ersten Falle liegt dem Gegner, im letztern hingegen dem Syndicus oder der Gemeinde der Beweis ob[33]).

§. 409.

Kann man jemanden zur Uebernehmung des Syndicats wider seinen Willen nöthigen?

Zur Uebernehmung eines Syndicats ist zwar der Regel nach ein jeder fähig, der überhaupt Procurator seyn

31) *L.* 4. *D. h. t.*

32) *Cap.* 33. *X. de electione.*

33) LEYSER Specim. LIV. medit. 6. SCHAUMBURG Principia praxeos iudic. cap. II gen. §. 29. Man sehe auch LAUTERBACH cit. Diss. §. 77. in fin.

kann[34]); allein niemand kann dazu wider seinen Willen gezwungen werden. Es wird daher zur Bestellung eines Syndicus die Einwilligung des dazu Gewählten allerdings erfordert[35]). Ob nun gleich mehrere Rechtsgelehrte[36]) eine Ausnahme in dem Falle machen, wenn ein Mitglied der Gemeinde zum Syndicus gewählet worden, weil billig ein Gemeindeglied auch die Gemeindelasten tragen muß, sofern es dazu tüchtig ist, und die Noth solches erfordert[37]); so ist doch unser Verfasser anderer Meinung. Soviel ist indessen richtig, daß der Syndicus nicht eben ein Mitglied der Gemeinde seyn dürfe, wenn nämlich ein Fremder ihre Geschäfte auch eben so gut besorgen kann. Dahingegen kann eine Gemeinde zur Bestellung eines Syndicus von richterlichen Amtswegen, auch sogar durch Strafbefehle, angehalten werden, ohne Unterschied, ob sie groß oder klein ist, da auch im letztern Falle die Gemeinde eine moralische Person bleibt, die nicht selbst vor Gericht zu handeln fähig ist[38]).

§. 410.

34) LAUTERBACH colleg. Pandectar. h. t. §. 23.

35) LAUTERBACH Diss. de syndicis §. 41.

36) LAUTERBACH colleg. Pand. h. t. §. 18. BERGER Oecon. iur. Lib IV. Tit. 10. Th. 3. not. 3. und LEYSER Specim. LIV. corol. 3. et Spec. LXV. medit. 1.

37) *L. 18. §. 13. D. de Muneribus.*

38) WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. X. observ. 481. WINTER cit. Diss. §. 6.

§. 410.

Von den Syndicis perpetuis.

Syndiken können, wie andere Procuratoren, entweder *temporarii* oder *perpetui* seyn, je nachdem ihnen die Universitas entweder blos die Besorgung einzelner Rechtsangelegenheiten, oder die Verfolgung und Vertheidigung ihrer Rechte überhaupt übertragen hat. Solche beständige Syndiken kommen besonders bey den sogenannten universitatibus ordinatis vor, die ihre eigene rechtliche Verfassung und Gerichtsbarkeit haben. Dahin gehören z. B. die academischen, und Stadtsyndiken. Diese haben ein öffentliches Amt, und nehmen zugleich an der Verwaltung der Gerichtsbarkeit Antheil. In den Reichsstädten haben sie sogar Einfluß in die gesetzgebende Gewalt [39]).

§. 411.

In wiefern bedarf ein beständiger Syndicus eine besondere Vollmacht?

Man behauptet gewöhnlich, daß die beständigen Syndiken ein mandatum cum libera hätten, wenn gleich diese Clausel dem Syndicat nicht ausdrücklich wäre einverleibt worden; sie könnten daher auch solche Geschäfte gültig verrichten, wozu sonst ein mandatum speciale erfordert wird; z. B. Namens der Gemeinheit einen Vergleich schließen. Allein mit Recht verwirft unser Verf. diese Meinung, und sie ist von mir schon an einem andern Orte [40]) ausführlich widerlegt worden.

§. 413.

39) *Io. God.* HAERLIN Diss. de syndicis vel consiliariis civitatum imperialium, praes. *God. Dan.* HOFFMANN def. *Tübingae* 1775.

40) Siehe den 1. Abschnitt dieses 3ten Bandes §. 352. S. 44.

§. 413. u. 414.

Wie ist ein Syndicat einzurichten?

Ein Syndicus legitimirt sich nun der Regel nach durch eine schriftliche Vollmacht, welche man ein Syndicat nennt. Dieses ist zwar, wie eine jede andere Vollmacht abzufassen, (§. 400.) es unterscheidet sich jedoch darin von der Vollmacht eines gemeinen Sachwalters, daß der Erben darin keine Erwähnung geschieht, weil hier nicht einzelne Personen, sondern eine ganze Korporation, welche, als solche, nicht stirbt, das Syndicat ausstellt[41]; ob es wohl zum Ueberfluß gemeiniglich geschiehet, daß der Nachkommen erwähnt wird[42]. Man will zwar auch noch darin einen Unterschied zwischen einem Syndicat und der Vollmacht eines andern Procurators setzen, daß in dem erstern eine besondere Entsagung der Rechtswohlthaten der Theilung und der Ordnung, oder Vorausklage (beneficia divisionis et ordinis) erfordert werde, wenn die Gemeinheit nämlich Klägers Stelle vertritt, und der Syndicus, falls er selbst ein Mitglied der Gemeinde seyn sollte, mit der Bestellung einer Caution der Wiederklage und Unkosten wegen verschont seyn will[43]. Allein diese Meinung, wenn sich auch der Gerichtsgebrauch annimmt, ist offenbar irrig, wie schon Wernher

41) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* LEYSER Specim. LIV. medit. 13.

42) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. §. 65. Not. III.

43) BERLICH Conclus. pract. P. I. Concl. 20. nr. 37. CARPZOV P. I. Constit. 5. Def. 29. RIVINUS Enunciat. iur. Tit. 13. En. 8. BERGER Oecon iuris Lib. IV. Tit. X. Th. 1. Not. 5. Estors Anfangsgründe des gem. und R. Processes §. 63.

her[44]) sehr gründlich gezeigt hat. Denn soviel erstlich die Rechtswohlthat der Theilung anbetrift, so setzt diese bekanntermaßen eine Verbindlichkeit voraus, die mehreren Personen zugleich obliegt. Da aber eine Universitas nur als eine Person betrachtet wird, deren Verbindlichkeit nicht als eine Verbindlichkeit der einzelnen Mitglieder derselben angesehen werden kann[45]); so läßt sich eine Entsagung jener Rechtswohlthat bey einer Gemeinheit, als einer moralischen Person betrachtet, wohl, ohne Widerspruch, nicht denken. Ja sie kann um so weniger für ein Surrogat der Caution pro reconventione et expensis gehalten werden, da sie weit mehr als diese involvirt, indem dadurch an die Stelle der Verbindlichkeit, welche der Gemeinde, als einer moralischen Person, obliegt, eine obligatio in solidum der einzelnen Mitglieder gesetzt wird, welches sich dieselben wohl schwerlich möchten gefallen lassen, da gegen sie, als Individuen, keine Klage statt findet, ja selbige für eine Gemeindeschuld nicht einmal in subsidium haften dürfen[46]). Hiernächst zweytens die Wohlthat der Excussion betreffend, so setzt ja diese einen andern Hauptschuldner voraus, der vor demjenigen, welcher auf diese Wohlthat Verzicht gethan hat, den Rechten nach sonst zu belangen gewesen wäre. Allein dieser ist hier nicht vorhanden, weil der Syndicus, so solcher, er sey nun Mitglied der Gemeinheit oder ein Fremder, nie für die Proceßkosten haftet, sondern die Gemeinde, deren Rechtssache er geführt hat; und

44) Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 1. et 2. Man sehe auch WINTER cit. Diss. §. 21.

45) *L. 7. §. 1. D. h. t.*

46) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 11.

und auch nur gegen diese findet eine Reconvention statt. Uebrigens aber muß das Syndicat so eingerichtet seyn, daß aus demselben die Gesetzmäßigkeit der vorgenommenen Wahl ersichtlich ist[47]). Ist nun eine Gemeinheit von der Art, daß sie ihre ordentliche Verfassung hat, vermöge welcher einigen Mitgliedern, als Vorstehern, die Direction der dieselbe betreffenden gemeinschaftlichen Geschäfte ausschließlich übertragen worden ist, welches bey Academien, Städten, und geistlichen Stiftern der Fall ist, so wird für hinlänglich gehalten, wenn das Syndicat von demjenigen, welcher einer solchen Universität vorgesetzt ist, und dieselbe dirigirt, unterschrieben, und denn das gewöhnliche öffentliche Insiegel derselben beygedruckt worden ist[48]); ja man hält auch die bloße Beydrückung des öffentlichen Siegels schon allein für hinreichend, ohne daß eine besondere Unterschrift noch erforderlich wäre[49]). Ist hingegen von andern Gemeinheiten die Rede, z. E. von Dorfgemeinden und Handwerkszünften; so muß das Syndicat nicht nur von den einwilligenden Mitgliedern unterschrieben, sondern auch, um demselben die erforderliche Glaubwürdigkeit zu verschaffen, daß nämlich bey der Bestellung des Syndicus alles regelmäßig zugegangen sey, entweder in einem dabey aufzunehmenden gerichtlichen Protocoll, oder in einer darüber zu

47) von Cramer Wetzlarische Beyträge 1. Band 1. Th. nr. 4.

48) BERGER Oec. iur. Lib. IV. Tit. 10. Th. 3. not. 4. Knorrens Anleitung zum gerichtl. Proceß B. I. Hptst. 4. §. 11. Hofmanns teutsche Reichspraxis §. 199 Not. h.

49) BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. I. Tit. 39. §. 1. BERLICH P. I. Conclus. 14. nr. 87. LEYSER Specim. LIV. Cor. 1. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4315.

zu errichtenden Notariatsurkunde bemerkt werden, aus wieviel Mitgliedern die Gemeine bestehe; ferner wieviel von diesen Mitgliedern auf geschehene Convocation erschienen sind, und welche unter diesen in die Vollziehung des Syndicats gewilliget, welche hingegen die Vollmacht zu vollziehen Bedenken getragen haben [50]).

50) S. BOEHMER c. l. LOSSAEUS de iure universitatum P. II. Cap. I. nr. 21. sqq. Hiermit stimmt auch die allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 3. Tit. §. 40. ff. überein.

Lib. III. Tit. V.

De negotiis geſtis.

§. 415.

Begriff von einem *Negotiorum geſtor.* Wenn eher kann man ſich fremden Geſchäften ohne Auftrag unterziehen? Edict des Prätors von der Negotiorumgeſtion. Grund deſſelben.

Von den Procuratoren und Syndiken kommen wir nun auf die negotiorum geſtores, worunter diejenigen verſtanden werden, welche fremde, beſonders auſſergerichtliche Geſchäfte, ohne Auftrag des Eigenthümers beſorgen[51]). In der Regel iſt zwar niemand befugt, ſich in die Geſchäfte eines andern, ohne deſſen Auftrag, zu miſchen[52]). Wer dieſes thut, handelt der Regel nach ungültig, und macht ſich zwar dem Eigenthümer verantwortlich, dieſer hingegen iſt aus der unternommenen Geſchäftsverwaltung des Dritten nicht verbunden[53]). Es giebt aber doch Fälle, wo es Pflicht

51) Ueber dieſen Titel ſind vorzüglich zu bemerken *Tob. Iac.* REINHARTH Diſp. de eo, quod circa negotiorum geſtionem iuſtum eſt. *Erf.* 1706. und *Car. Frid. Wilh.* SCHMIDT Diſſ. ſiſtens leges quasdam potiores tituli Digeſtorum de negotiis geſtis, praeſ. *Car. Chriſtph.* HOFACKER def. *Tubingae* 1787.

52) *L. 36. D. de div. reg. iur.* Culpa eſt, immiſcere ſe rei ad ſe non pertinenti.

53) Z. E. Wenn der Verkäufer einer Erbſchaft nach dem Verkauf, ohne Auftrag des Käufers, und ohne alle Nothwendigkeit, von den Erbſchaftsſchuldnern Gelder erhebt, ſo iſt er dafür

Pflicht der Freundschaft oder wenigstens der Menschenfreundlichkeit ist, sich ohne Vollmacht und Auftrag fremden Geschäften zu unterziehen. Der Fall kommt besonders bey Abwesenden vor[54]). Denn nicht selten trägt es sich zu, daß Jemand schleunig verreisen muß, und in der Meinung, daß er in kurzer Zeit zurückkommen werde, Niemandem die Verwaltung seiner Geschäfte aufträgt. Er bleibt aber, wider Vermuthen, längere Zeit aus, als Anfangs seine Absicht war, und kommt nun in die Lage, daß wenn kein Freund sich seiner Angelegenheiten annähme, ihm ein unabwendbarer Schade daraus entstehen würde[55]). Allein

für verantwortlich, wenn er auch gleich durch Zufall um diese Gelder gekommen wäre. Man sehe die *L.* 3. *D. de hered. vel act. vendit.* welche eben so, wie die angeführte *L.* 36. *D. de R. I.* aus des POMPONII *lib. XXVII. ad Sabinum* genommen, und daher mit derselben zu verbinden ist. S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 36. D. de R. I. pag. 189. seq. u. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. I. Dig. h. t. § 1. Man setze ferner, Titius hätte von meinem Schuldner ohne meinen Auftrag Geld erhoben, so wird mein Schuldner durch diese Bezahlung von seiner Schuld nicht frey, es wäre denn, daß ich den Vorgang genehmigte. Nur erst durch meine erfolgte Ratihabition wird zwischen mir, und dem Titius eine negotiorum gestorum obligatio begründet. *L. 9. C. h. t.* POTHIER Pandectae Iustinian. h. t. nr. V.

54) Daher sagt Ulpian *L. 1. D. h. t.* Hoc Edictum necessarium est, *quoniam magna utilitas absentium versatur*, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel [per] pignoris distractionem vel poenae committendae actionem vel iniuriarem suam amittant. Man sehe über diese Stelle SCHMID cit. Diss. p. 4. und POTHIER Pandect. Iustin. h. t. nr. 1.

55) S. §. 1. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.* *L.* 1. *D. h. t.* *L.* 5. *pr. D. de oblig. et act.*

Allein zuweilen kann auch Jemand gegenwärtig, und doch nicht im Stande seyn, für Besorgung seiner Geschäfte eine Vollmacht zu ertheilen. Man setze z. B. der Eigenthümer sey wahnsinnig [56]), oder unmündig [57]), oder gar noch ungebohren [58]). In allen solchen Fällen nun, da man die Geschäfte eines Andern, wenn auch gleich nicht immer in einem Nothfalle, aber doch wenigstens zu dessen Nutzen, und aus Freundschaft, ohne Auftrag übernimmt, wollen die Gesetze, daß eine eben solche Verbindlichkeit zwischen dem Eigenthümer und dem Besorger seiner Geschäfte, wie zwischen einem Machtgeber und Bevollmächtigten, Statt finden soll. Selbst der Prätor fand dieses so billig, und für das gemeine Beste so nöthig, daß er diese Verbindlichkeit in seinem Edict nochmals bestätigte, wenn gleich eigentlich die sogenannten obligationes quasi ex contractu, zu welchen die negotiorum gestio gehört, ihre ursprüngliche Entstehung dem römischen Civilrecht verdanken [59]). Merkwürdig ist es, wenn der Prätor in seinem Edict namentlich des Falles gedenkt, da Jemand die Geschäfte eines Verstorbenen besorgt hat, ehe der Erbe die Erbschaft angetreten. Si quis negotia alterius, sagt er, *sive quis negotia, quae cuiusque, cum is moritur, fuerint, gesserit*: iudicium eo nomine dabo [60]). Noch merkwürdiger aber ist es, wenn Ulpian

56) *L.* 3. §. 5. *D. h. t.*

57) *L.* 6. *pr. D. L.* 2. *C. h. t.*

58) *L.* 29. *D. h. t.*

59) *L.* 5. *pr. D. de obligat. et action.* *Ian. a* COSTA Praelect. ad illustrior. quosd. Titulos locaque selecta iur. civ. pag. 95. sq. und SCHMID cit. Diss. pag. 15.

60) *L.* 3. *pr. D. h. t.*

pian[61]) die besondere Erwähnung dieses Falles darum für nöthig hielt, weil man hier eigentlich nicht sagen könne, daß die Geschäfte eines Eigenthümers wären besorgt worden. Denn der ehemalige Eigenthümer sey gestorben, und der Erbe, der die Erbschaft noch nicht angetreten hat, sey auch noch nicht als Eigenthümer derselben zu betrachten. Nun könnte man zwar wohl dagegen einwenden, daß ja nach einer bekannten rechtlichen Fiction die Erbschaft, so lange sie der Erbe noch nicht angetreten hat, die Person des Erblaßers vorstelle[62]) und als ein noch fortdauerndes Eigenthum des Verstorbenen angesehen werde[63]), und daß folglich durch die Besorgung erbschaftlicher Geschäfte die Erbschaft selbst eben so verpflichtet werde, wie der Verstorbene, wenn er noch lebte[64]). Man könnte auch sagen, daß derjenige, welcher sich erbschaftlichen Geschäften unterzieht, die Angelegenheiten des Erben selbst besorgt habe[65]), weil ja, wenn der Erbe nachher die Erbschaft antritt, vermöge einer rechtlichen Fiction angenommen wird, als ob er dieselbe gleich bey des Erblassers Tode angetreten hätte[66]). Allein es ließ sich hier, wo blos die natürliche Billigkeit zum Grunde einer gegenseitigen Verbindlichkeit unter den Partheyen, die keinen Contract mit einander

61) *L.* 3. §. 6. *D. h. t.*

62) *L.* 31. §. 1. *D. de hered. instit. L.* 34. *D. de acquir. rer. dom.*

63) *L.* 61. *D. de acquir. rer. dom.*

64) *L.* 1. *D. de religios.*

65) *L.* 22. *D. de usurpat. et usucap.*

66) *L.* 54. *D. de acquir. vel omitt. heredit. L.* 28. §. 4. *D. de stipul. servor. L.* 138. *pr. D. de Reg. iur.*

geschlossen, auch sich durch kein Delict gegenseitig verantwortlich gemacht hatten, angenommen wurde, von jenen Fictionen des Civilrechts kein Gebrauch machen[67]); und in dieser Hinsicht war hier, wo nur die Wahrheit der Sache allein in Betrachtung kommt, jene Vorsicht des Prätors gewiß nicht unnöthig[68]). Sie giebt uns zugleich einen unwiderleglichen Beweis, wie sehr diejenigen irren, welche mit unserm Verfasser den Grund der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione in einer fingirten Einwilligung gefunden haben wollen, da sich doch wohl gewiß bey einem Verstorbenen so wenig, als bey einem Embryo, oder Wahnsinnigen, dessen negotia gerirt worden, ein Consens fingiren läßt[69]).

§. 416—418.

Unterschied zwischen der negotiorum gestioni und dem mandato. Ist ein vermutheter Consens bey der erstern nothwendig anzunehmen?

Die negotiorum gestio wirkt nun zwar eine der Bevollmächtigung ähnliche Verbindlichkeit, sie ist aber doch von der letztern darin unterschieden, daß hier die Verbindlichkeit nicht ex consensu entsteht, wie bey dem mandato, bey welchem man aus dem übernommenen Auftrage verbindlich werden kann, wenn man auch das Geschäft nicht be-

67) Daß überhaupt die bemerkten Fictionen nicht ohne alle Einschränkung Statt finden, lehrt *L. 61. D. de acquir. rer. dom.* Man sehe auch FINESTRES Praelect. Cervarienſ. ad Tit. Dig. de acquir. vel omitt. hered. P. I. Cap. 2.

68) SCHMID cit. Diſſ. ad L. 3. §. 6. D. h. t. pag. 24. seq.

69) SCHMID cit. Diſſ. p. 22. seq.

besorgt hat [70]). Zwar giebt es bey der negotiorum gestione mehrere Fälle, wo sich die Einwilligung des Eigenthümers aus vernünftigen Gründen vermuthen läßt. Allein deswegen ist doch nicht zu behaupten, daß der vermuthliche Consens bey der negotiorum gestione nothwendig anzunehmen sey, um die Verbindlichkeit zu begründen [71]). Denn die Gesetze gedenken dieses Grundes nicht, und solchen anzunehmen, ist auch darum unnöthig, weil hier schon nach der natürlichen Billigkeit, welche die Gesetze anerkennen, eine vollkommene Verbindlichkeit entsteht. Eben deswegen kommt es auch hier nicht auf die Qualität der Personen an, zwischen welchen die Verbindlichkeit ex negotiorum gestione begründet wird, ob sie sich nämlich durch ihre Einwilligung verbindlich machen können. Denn auch ein Unmündiger wird aus einer unternommenen negotiorum gestione wenigstens in so weit verbindlich, als er dadurch sich bereichert hat [72]).

70) *L. 6. §. 1. D. mandati.* Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac sc. mandati actione erit conveniendus; nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum ideo, quod mandatum susceperit: *denique tenetur, etsi non gessisset.*

71) Dieses behauptet Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 934. not. 1.

72) *L. 3. §. 4. D. h. t.* Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum *Divi Pii* etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior: agendo autem compensationem eius, quod gessit, patitur. Zwar will CUJACIUS Observat. Lib. XIII. cap. 7. statt pupillus, *pupilli* lesen, und das Gesetz von dem Falle verstehen, da Jemand eines Unmündigen negotia gerirt hat. Ihm stimmen auch *Ger.* NOODT in Comment. ad Dig. h. t. (T. II. *Oper.*

§. 419.

Erfordernisse der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione.

Erstes bis drittes Erforderniß.

Soll jedoch eine obligatio negotiorum gestorum begründet werden, so wird dazu erfordert,

1) daß Jemand eines andern Geschäfte wirklich besorgt, und nicht blos solche zu besorgen, geglaubt habe. Wenn also Jemand in der Meinung, daß er meine Geschäfte besorge, seine eigene Angelegenheiten betrieben hätte, so entsteht hier keine Verbindlichkeit ex negotiorum gestione. Denn von einem solchen Irrthum Gebrauch zu machen, wäre unredlich[73]). Hätte hingegen der Andere in der Meinung, meine Geschäfte allein zu besorgen, zugleich auch seine Angelegenheit besorgt, so wird hier die obligatio negotiorum gestorum wenigstens in so weit begründet, als das Geschäft mich betrift[74]). Es ist jedoch nicht eben nothwendig, daß das Geschäft denjenigen unmittelbar betreffen müsse, welcher aus der Geschäftsführung ver-

Oper. p. 95.) POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. XXIII. not. c und SCHMID cit. Diss. pag. 17. bey. Allein daß diese Emendation gar nöthig sey, haben *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. BACHOVIUS ad Prota Pandect. pag. 896. WISSENBACH Exercit. ad Pandect. Disp. XII. §. 22. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. prim. Pandect. h. t. §. 2. und HUBER in Eunomia Rom ad h. L. pag. 155. gezeigt. Man sehe auch *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. contr. an impubes negotiorum gestor esse possit? *Lipsiae* 1774.

73) *L.* 6. §. 4. *D. h. t.*

74) *D. cit.* §. 4. *h. t.*

verbindlich werden soll, sondern es ist genug, wenn es ihm nur daran gelegen war, daß ein Anderer dieses Geschäft besorgte. Julian[75]) hat hiervon folgenden Fall. Ich besorge die Geschäfte eines Pupillen, ohne Auftrag seines Vormundes, in einem solchen Falle, wo der Vormund für seine Nachlässigkeit verantwortlich geworden wäre, weil ihm eigentlich diese Besorgung oblag. Hier habe ich nicht blos des Pupillen, sondern auch des Vormundes negotia gerirt. Es ist mir daher auch der Vormund aus dieser negotiorum gestione verbunden, ja ich thue sogar besser, wenn ich gegen diesen klage, weil der Pupill nur in so weit haftet, als er dadurch reicher geworden, oder wenigstens eine Verminderung seines Vermögens dadurch abgewendet worden ist[76]). Zuweilen kann ein Geschäft, was Jemand als das meinige besorgt hat, wenn es gleich sonst mich eigentlich gar nichts angeht, dennoch das meinige werden, nämlich, wenn ich es ratihabire[77]). Z. B. Ti-

75) L. 6. *pr. D. h. t.* Ohne Zweifel gehört diese *L.* 6. noch zur vorhergehenden *L.* 5. *h. t.* und ist daher nicht vom Julian, sondern vom Ulpian, welcher nur den ersten nach seiner Gewohnheit citirte, wie aus *L.* 8. §. 3. *h. t.* zu ersehen ist. Dasjenige, was die Verfasser der Pandecten zur Inscription der L. 6. gemacht haben, lautete aller Wahrscheinlichkeit nach bey Ulpian, folgendermaßen: *ut* IULIANUS *libro* 3. *Digestorum scribit*, so wie auch Haloander und eine *editio Lugdunensis* vom Jahr 1551. lesen. S. DUCKER in not. ad Opuscula de Latinitate ICtorum vet. pag. 320. SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 2. u. SCHMID cit. Diss. pag. 58.

76) Nam et hoc ipso, *quo non est pauperior factus*, locupletior est, sagt *L.* 47. §. 1. *D. de Solution.* SCHMID in cit. Diss. ad h. Tit. pag. 59. sq.

77) *L.* 6. §. 9. *D. h. t.*

tius mahnt in meinem Namen den Sejus, in der Meinung, daß er mein Schuldner sey. Dieser bezahlt auch aus Irrthum die in Erinnerung gebrachte Summe, ohnerachtet er nichts schuldig war, und Titius nimmt das Geld für mich ein. Ich erfahre es, und genehmige die Handlung des Titius. Durch diese Ratihabition wird zwischen mir und dem Titius eine obligatio negotiorum gestorum begründet. Denn eigentlich kann man zwar nicht sagen, daß hier mein Geschäft gerirt sey, weil Sejus nicht mein Schuldner war. Allein meine Genehmigung macht, daß das Geschäft nun mich angehet. Ich kann daher mit der actione negotiorum gestorum gegen den Titius klagen, daß er das für mich in Empfang genommene Geld herausgebe, so wie ich nun auch wegen der Nichtschuld vom Sejus mit der condictione indebiti belangt werden kann. Sic ratihabitio constituet tuum negotium, sagt Julian[78]), quod ab initio tuum non erat, sed tui contemplatione gestum. Eben so ist es, wenn ich in der Meinung, daß du des Titius Erbe seyst, von einem Schuldner desselben für dich Gelder erhebe, und du solches genehmigest. Hier wirkt deine Ratihabition nicht nur, daß eine negotiorum gestorum obligatio zwischen uns entsteht, sondern es kann auch der wahre Erbe die Erbschaftsklage gegen dich anstellen[79]). Nur dann kommt die Ratihabition desjenigen, welcher aus Irrthum für den Eigenthümer des Geschäfts gehalten wurde, in keine Betrachtung, wenn der Dritte, den das Geschäft eigentlich nur allein angieng, dadurch reicher geworden ist[80]). Z. B. ich unter-

78) *L. 6. §. 9. cit.*

79) *L. 6. §. 10. D. h. t.*

80) *L. 6. §. 11. D. eod.*

unternahm in der Meinung, daß du des Titius Erbe seyst, zu deinem Besten die Reparatur eines zur Erbschaft gehörigen Hauses. Du genehmigest das Geschäft. Hier kann deine Ratihabition weder dem gegründeterem Rechte des wahren Erben derogiren, noch mich gegen dich zu klagen berechtigen, weil der wahre Erbe dadurch bereichert worden ist; oder wie Pedius in der angeführten L. 6. sagt: cum hoc facto meo alter sit locupletatus, et alterius re ipsa gestum negotium sit: nec possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.

2) Gewöhnlich ist das Geschäft, welches der negotiorum gestor übernimmt, ein aussergerichtliches[81]) Daher kann auch eine Frauensperson negotia geriren[82]). Eben dadurch unterscheidet man einen negotiorum gestor von einem defensore, welcher ein gerichtliches Geschäft des Andern ohne Auftrag besorgt (§. 386). Daß aber doch die negotiorum gestio nicht bloß auf aussergerichtliche Geschäfte allein einzuschränken sey, sondern dieselbe auch bey gerichtlichen Geschäften Statt finden könne, beweißt nicht nur der Grund, den Ulpian[83]) von dem besondern Nutzen des Edicts de negotiis gestis anführt, nämlich ne *indefensi* rerum possessionem, aut venditionem patiantur absentes, vel pignoris distractionem[84]), vel poe-

81) *Guil.* PROUSTEAU Recitationes ad L. 23. D. de Reg. iuris Cap. XV. §. 10. (T. III. *Thes. Meermann.* pag. 512.)

82) *L.* 3. § 1. *D. h. t.*

83) *L.* 1. *D. h. t.*

84) Dieses bezieht sich auf die gerichtliche Einweisung in die Güter des abwesenden Beklagten, welche auf Ansuchen des Gläu-

nae committendae actionem; sondern auch der Rechtsfall, den Papinian entscheidet, wenn er *lib. 2. Responsorum* [5]) sagt: Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur. Sed qui sumtus necessarios probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet. Mehrere besitzen ein gemeinschaftliches Grundstück, welchem die Wasserleitungsgerechtigkeit zusteht. Es entsteht darüber ein Streit, und einer von den Besitzern vertheidiget dieses Recht ohne Beytritt der übrigen. Der Proceß wird gewonnen [86]). Hier kann der Kostenbeytrag von den übrigen mit der actione negotiorum gestorum gefordert werden. Warum hier nicht die actio communi dividundo anzustellen sey, ist eine Frage, worüber unter den Auslegern noch gestritten wird [87]). Mir genügt

Gläubigers verhindert werden kann, wenn Niemand den Beklagten bey Gericht vertritt, und welche, wenn sie ex secundo decreto verfügt wird, den Verkauf der Güter zur Folge hat. Man sehe *L. 5. D. de re jud. duct. iudicis pupill.*

85) *L. 31. §. 7. D. h. t.* Man sehe auch *L. 41. D. h. t.* und

86) Papinian sagt: Sententia praedio datur, weil hier das Prädium, so wie bey jeder dinglichen Servitut, das Subject des Rechts ist. Papinian will also soviel sagen: *iudicatur, fundum communi praedio deberi.* Sam. Mieg. Pandect. Iustinian. h. t. Nr. III. not. b.

87) In der *L. 19. §. 2. D. communi divid.* wird folgender Grund angegeben: Si per eundem locum via, nobis debeatur, et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius, communi dividundo vel pro socio agi posse. *Quae enim communio iuris separatim intelligi potest?* Sed negotiorum gestorum agendum. Der Grund liegt also nach der Meynung des Paulus darin, daß eine Servitut, als ein untheilbares Recht, nicht gemeinschaftlich

genügt es hier, durch dieses Beyspiel erwiesen zu haben, daß auch durch Uebernehmung gerichtlicher Geschäfte eine obligatio negotiorum gestorum eintreten könne. Daher sagt auch der Prätor ohne Unterschied: Si quis *negotia alterius* gesserit, iudicium dabo[88]).

3) Das fremde Geschäft muß ohne Auftrag besorgt worden seyn, gesetzt auch, daß der negotiorum gestor geglaubt hätte, einen Auftrag deswegen erhalten zu haben[89]). Man sagt gemeiniglich, es dürfe der Eigenthümlich ist, sondern jedem Gutsbesitzer ganz zusteht. Eben diesen Grund nimmt auch WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. Disp. XII. Th. 22. an. Dagegen wendet zwar *Ant.* FABER in Rational. ad L. 31. §. 7. D. h. t. ein, daß es doch ein bekannter Grundsatz sey, servitutem per partes posse retineri; *L. 8. §. 1. D. de Servitut.* *L.* 30 §. 1. *D. de Servit. praed. urb.* Allein aus den angeführten Gesetzen erhellet schon von selbst, daß dieser Grund hier gar nicht anwendbar sey. PÖTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. III. not. c. glaubt indessen, daß die actio communi dividundo aus dem Grunde nicht zu verwerfen seyn würde, weil doch die Besitzer des Grundstücks, denen die Servitut zusteht, communionem praedii haben. Folglich habe derjenige, welcher das bestrittene Servitutsrecht vertheidiget hat, in dieser Hinsicht eine gemeinschaftliche Sache geführt. Allein auch hieraus folgt noch nicht, daß die actio communi dividundo Statt finde, wenn es nicht gerade auf eine Theilung des Grundstücks selbst, sondern wie hier, auf einen bloßen Beytrag zum Kostenersatz angesehen ist.

88) *L.* 3. *pr. D. h. t.*

89) *L.* 5. *D. h. t.* Si cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi, et hic nascitur negotiorum gestorum actio, *cessante mandati actione.* Idem est, etiam si pro te fideiussero, dum puto mihi a te mandatum esse.

thümer des Geschäfts gar nichts davon wissen, daß ein Anderer seine Geschäfte besorgt. Allein es ist nicht gegen den Begriff einer negotiorum gestionis, daß man die Geschäfte eines Abwesenden ohne Auftrag besorgt, wenn dieser es auch erfährt[90]). Denn nur in dem Falle wenn Jemand gegenwärtig ist, und wissentlich geschehen läßt, daß ein anderer sein Geschäft besorgt, ist eine stillschweigende Bevollmächtigung nach Vorschrift der Gesetze anzunehmen[91]). Ja es kann zuweilen eine ausdrückliche Vollmacht ertheilt seyn, und doch nur aus einer negotiorum gestione geklagt werden, nämlich wenn die Umstände so geeigenschaftet sind, daß die actio mandati nicht

90) PROUSTEAU in Recitationib. ad L. 23. D. de Reg. iuris. Cap. XV. §. 5. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 512.) sagt daher ganz richtig: Quodsi resciverit absens, ab alio negotia sua geri, per hanc rescientiam solam non videtur inducī mandatum. Es erhellet dieses insonderheit aus der *L. 41. D. h. t.* wo zur negotiorum gestione erfordert wird, daß das Geschäft ignorante vel absente domino übernommen worden sey. Hierauf zielt auch Cajus, wenn er *L. 2. D. h. t.* sagt: Si quis absentis negotia gesserit, *licet ignorantis*, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit, habeat eo nomine actionem. Denn der Sinn dieser Worte ist wohl unstreitig der, daß es bey Abwesenden nicht darauf ankomme, ob sie Wissenschaft davon gehabt haben, daß ein Anderer ihre Geschäfte besorgt habe, oder nicht, indem in dem einen Falle so gut, wie in dem andern, die actio negotiorum gestorum contraria gegründet sey, wenn der negotiorum gestor zum Besten des Eigenthümers Kosten verwendet hat. S. SCHMID cit. Diss. pag. 10. sq. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. VI. §. 5. u. MADIHN ad *Menckenii* doctr. de actionibus not. 1017. pag. 323.

91) *L. 6. §. 2. L. 18. et 53. D. mandati. L. 6. Cod. eodem.*

nicht Statt findet, und folglich die Bevollmächtigung für so gut, als nicht geschehen, zu halten ist. Paulus [92]) giebt hiervon folgendes Beyspiel. Ich besitze einen freyen Menschen bona fide als Sklaven, und gebe diesem den Auftrag, ein Geschäft für mich zu verrichten. Hier findet die actio mandati nicht statt. Warum? quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sagt Paulus, sed quasi ex necessitate servili. Ich muß also actione negotiorum gestorum gegen ihn klagen, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem, et is fuit, quem obligare possem. Hierher gehört ferner, wenn mir ein Pupill ohne Auctorität seines Vormundes ein Geschäft aufträgt, denn da hier die Bevollmächtigung nichtig ist, so tritt, der Billigkeit wegen, wenigstens eine obligatio negotiorum gestorum ein [93]). Noch einen andern merkwürdigen Fall erzählt Ulpian [94]). Eine Mutter ertheilt mir und dem Titius den Auftrag, für den defensor ihres abwesenden Sohnes Bürgschaft zu leisten. Der Gegner ihres Sohnes weiß jedoch von diesem Auftrage nichts. Hier sind wir beyde aus unserer Bürgschaft rechtlich verbunden. Denn wollten wir die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses vorschützen, so würde sich der Gegner mit der replica

92) *L. 19. §. 2. D. h. t.*

93) *L. 14. §. 15. D. de religios.*

94) *L. 7. et 8. D. ad SCtum Vellejan.* Mehrere Beyspiele enthalten *L. 6. §. 5. L. 32. L. 36. D. h. t.* woraus erhellet, daß die Gesetze die actionem negotiorum gestorum gleichsam als eine Stellvertreterin der actionis mandati in den Fällen billigen, wo die letztere nach dem strengen Recht nicht Statt finden kann. S. *Io.* D'AVEZAN Libro contractuum alt. Tract. IV. §. *Quid*

replica doli helfen können. Allein wir können auch nicht einmahl actione mandati gegen die Mutter klagen, um uns schadlos zu halten, weil der von ihr ertheilte Auftrag zur Uebernehmung der Bürgschaft wegen des Velleianischen Senatusconsultums in Ansehung ihrer ohne Wirkung ist. Der Billigkeit wegen verstatten indessen die Gesetze wenigstens die negotiorum gestorum actionem wider den Defensor, weil doch dieser durch unsere Bürgschaft von seiner Verbindlichkeit befreyet worden ist. Zuweilen kann auch die obligatio mandati und negotiorum gestorum bey einerley Geschäft concurriren. Dieses geschieht, wenn mir Jemand, welcher der Eigenthümer nicht ist, ein fremdes Geschäft zu besorgen, aufgetragen hat[95]). Hier entsteht zwischen mir, und demjenigen, der mir den Auftrag ertheilt hat, die obligatio mandati, auf Seiten des Eigenthümers hingegen, dessen Geschäfte besorgt worden sind, die obligatio negotiorum gestorum. Z. B. ein Ehemann giebt mir den Auftrag zur Besorgung eines Geschäfts, welches die Güter der Ehefrau betrift. Hier hat zwischen mir und dem Ehemann die actio mandati, zwischen mir und der Ehefrau aber, deren Geschäft ich besorgt habe, die actio negotiorum gestorum Statt[96]). Daß jedoch in einem solchen Falle der Eigenthümer auch gegen den Mandantem selbst mit der actione negotiorum gestorum klagen könne, wenn ihn etwa der negotiorum gestor nicht hinlänglich entschädiget haben sollte, ist ausser Zweifel, weil derjenige,

§. *Quid si quis.* (T. IV. *Thes. Meermann.* pag. 111.) und PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XV. §. 11. (T. III. *Thes. Meerm.* pag. 512.)

95) *L.* 3. §. *fin. L.* 4. *D. h. t.*

96) *L.* 14. *Cod. h. t.*

nige, der einem Dritten die Besorgung eines fremden Geschäfts aufträgt, dem Eigenthümer billig für allen Schaden haften muß, der durch die Nachlässigkeit des mandatarii verursacht worden ist [97]). Dahingegen wäre es offenbar widersprechend, mit Cujaz [98]) zu behaupten, daß die actio mandati und negotiorum gestorum zwischen denselben Personen electivisch concurriren könnte, wenn ihm gleich Huber [99]) und Westenberg [100]) hierin beypflichten. Die Frage kann entstehen, wenn der Eigenthümer das Geschäft ratihabirt, welches Jemand ohne seinen Auftrag unternommen hat. Es sind hier zwey Fälle möglich. Die Ratihabition des Eigenthümers erfolgte entweder, ehe noch das Geschäft vollendet war, oder das Geschäft war schon ganz zu Ende gebracht, als der Eigenthümer solches genehmigte. In dem erstern Falle legt unser Verfasser (§. 419.) der erfolgten Genehmigung eben die Wirkung bey, als wenn gleich Anfangs zur Besorgung des Geschäfts ein Auftrag wäre ertheilet worden. In dem letztern Falle hingegen behauptet er, daß die einmahl begründete obligatio negotiorum gestorum durch die von Seiten des Eigenthümers erfolgte Ratihabition nicht geändert, und folglich dadurch keinesweges in ein mandatum verwandelt werde. Diese Meinung wird von mehreren Rechtsgelehrten [1]) behauptet, und hat auch, so viel wenigstens

97) *L.* 21. §. *ult. L.* 28. *D. h. t.* SCHMID cit. Diss. pag. 50. sq. not. z.

98) Praelect. in Tit. D. de div. Regulis iur. ad L. 60. h. t.

99) Praelect. ad Pandect. h. t. §. 5.

100) Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 22.

1) *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 6. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora Exerc. V. §. 6. pag. 120.

stens den letztern Fall betrift, den Verfall der Gesetze für sich[2]). Denn wenn man gleich derselben die Stelle aus **Ulpians** libro 10. Disputationum[3]) entgegensetzt, wo er sagt: Si quis *ratum habuerit*, quod gestum est, obstringitur *mandati actione*; so ist doch schon von andern Rechtsgelehrten[4]) dagegen erinnert worden, daß **Ulpian** von einem solchen Falle rede, wo durch die Ratihabition das mandatum seine Bestätigung oder Perfection erhält. Dahin gehört z. B. wenn der Procurator etwas thut, was nicht unmittelbar zu seinem Auftrag gehörte, allein der Mandans genehmiget es dennoch, oder der Procurator handelte blos vermöge eines vermutheten Auftrags, und es erfolgt von Seiten des Principals die Ratihabition, diese wird alsdann einem mandato vero gleichgeachtet[5]). Allein in Absicht auf

120. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 10. **Höpfner** in Commentar über die Institutionen §. 925. nr. 1. u. a. m.

2) *L. 9. D. h. t.* wo gesagt wird: quod actio negotiorum gestorum, cum semet coeperit, nuda voluntate haud tollatur. Daß die Genehmigung die negotiorum gestionem in kein mandatum verwandele, sagen auch ganz entscheidend *L. 9. et 19 Cod. h. t. L. 3. C. de rei vindicat.* und *L. 3. C. de contrah. vel committ. stipulat.*

3) *L. 60. D. de Reg. iuris.*

4) S. *Io. van der* LINDEN ad *Voetium* (*Trajecti ad Rhen.* 1793.) h. t. pag. 77. und *Iul. a* BEYMA Commentar. in Tit. de Verbor. significat. et de div. Reg. iuris ad L. 60. cit pag 323.

5) Vergleicht man die *L. 60. cit.* mit der *L. 1. D. de administr. rer. ad civitat. pertinent.* und *L. 30. D. de condict. indeb.* verbunden mit der *L. 2. §. 4. D. de adm. rer. ad civit pert.* welche alle aus eben dem *libro 10. Disputationum* ULPIANI genommen sind; so scheint hier ein solcher Fall zum Grunde

zu

auf den ersten Fall, wenn nämlich die Genehmigung des Eigenthümers während der Geschäftsführung erfolgt, sind die Rechtsgelehrten nicht einverstanden, welche Wirkung hier der Ratihabition des Eigenthümers beyzulegen sey. Unser Verfasser, der selbiger die Wirkung einer gleich Anfangs geschehenen Bevollmächtigung zuschreibt, beruft sich mit denjenigen, welche gleicher Meinung sind, auf die *L. 60 D. de Reg. iur.* und glaubt, daß solche von dem Falle zu verstehen sey, da die Genehmigung des Eigenthümers negotio nondum perfecto erfolgt[6]). Dagegen ist nun aber

zu liegen, da Jemand, der nicht Syndicus ist, die Geschäfte einer Gemeinheit vermöge eines stillschweigenden oder präsumtiven Auftrags des Syndikus besorgt hat, dessen Handlungen nachher von dem letztern genehmiget worden sind. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pandect. de diverf. Regulis iuris ad L. 60. cit. pag. 255. Ist dieses richtig, so läßt sich die Erklärung des *Greg.* LOPEZ MADERA Animadversion. iuris civ. libr. sing. (*Coloniae Aggripp.* 1694.) Cap. 31. (in *Thef. iur. Rom. Otton.* Tom. III pag 493.) nicht annehmen, welcher den Fall der *L. 9. C. h. t.* zum Grunde legt, und die *L. 60. D. de Reg. iur.* von der actione mandati contraria erklärt, welche der Schuldner in dem Falle, da ein Dritter die schuldige Summe Namens des Gläubigers ohne Auftrag erhoben hat, gegen den Gläubiger, von dem nachher diese Handlung genehmiget worden ist, dahin anstellen kann, ut et ne repetat, et liberationem praestat. Denn wozu diese Klage? da der Schuldner gegen die Ansprüche des Gläubigers durch die Einrede der Ratihabition auf immer gedeckt ist. Quomodo enim reprobare potest creditor, semel probatum? wie Scävola sagt *L. 9. D. h. t.*

6) Eben so HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 3036. not. m. pag. 368.

aber freylich von andern[7]) nicht ohne Grund erinnert worden, daß bey jedem Geschäft in Absicht auf die daraus entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten auf dessen Anfang zu sehen sey[8]). Es kann auch der Unterschied, den Hubert Giphanius[9]) macht, ob nämlich der Eigenthümer gegenwärtig, oder abwesend sey, zur Entscheidung der Sache nichts beytragen. Denn der Grund, daß sich inter praesentes ein mandatum eher fingiren lasse, als inter absentes, scheint mir nicht hinreichend zu seyn, um einzusehen, warum die Ratihabition gerade in dem ersten Falle die actionem mandati begründen, in dem letztern Falle die actio negotiorum gestorum Statt finden solle, dessen nicht zu gedenken, daß überhaupt bey einer erfolgten Ratihabition von einem mandato ficto wohl nicht die Frage seyn könne. Richtiger ist daher die Meinung, welche Voet[10]), Janus *a* costa[11]), und Johann D'Avezan[12]) behaupten, daß man bey einer erfolgten Ratihabition des Eigenthümers darauf zu sehen habe, in welcher Absicht diese Genehmigung geschehen sey. Hat

7) emminghaus ad *Cocceji* ius civ. contr. h. t. Qu 6 not. l.

8) *L 8. pr. L. 20.* § *1. D. mandati. L. 20. C. famil. erciſc.*

9) Tract. de diverſis Regulis iuris (*Argentor.* 1607 8) Lib. I. Membr. II. Cap. 12. pag. 130. und Deſſelben Explanat. difficiliorum et celebrior. Legum Codicis Iuſtin. (*Colon. Plancian.* 1614. 4.) ad L. 3. Cod. de contrah. et committ ſtipulat. pag. 415. Dem Giphanius ſtimmen auch *Ant.* schulting Enarrat. P. I. Dig. h. t. §. 5. und schmid in Diſſ. ad h. Tit. pag. 91. bey.

10) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 14.

11) Praelection. ad illuſtrior. quosdam Titulos Locaque ſelect. iur. civ. pag. 96.

12) Contractuum lib. II. Tract. IV. §. 3. (in *Theſ. Meermann* Tom. IV. pag. 112.)

Hat nämlich, der Eigenthümer, nachdem er die von dem Dritten unternommene, allein noch nicht vollendete, Geschäftsführung erfahren, seine Meinung darüber auf eine solche Art geäussert, daß sich an der Ertheilung eines Auftrags nicht zweifeln läßt, so würde eine solche Ratihabition die actionem mandati unstreitig begründen; dahingegen, wenn es an dieser Absicht fehlen sollte, die durch die ohne Auftrag unternommene Besorgung fremder Geschäfte einmal begründete obligatio negotiorum gestorum, durch die erfolgte Ratihabition des Eigenthümers, keinesweges in ein mandatum verwandelt wird, daher in diesem Falle die actio negotiorum gestorum anzustellen ist. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so erhellet doch aus Allem so viel, daß wegen der nämlichen Geschäftsführung keine elective Concurrenz der actionis mandati und negotiorum gestorum unter denselbigen Personen statt finden könne, wie auch D'Avezan [13]) und Giphanius [14]) gegen die Meinung des Cujaz erinnert haben. Ich bemerke nur noch dieses, daß wenn der Eigenthümer zwar Jemanden zur Uebernehmung eines Geschäfts den Auftrag gegeben, dieser aber das Geschäft nicht selbst besorgt hat, sondern durch einen Dritten hat verrichten lassen, zwischen diesem und dem Herrn des Geschäfts keine obligatio mandati, sondern die obligatio negotiorum gestorum vorhanden sey. Afrikanus [15]) hat hiervon folgenden Fall. Ich gebe dem Titius den Auftrag, daß er für mich eine Bürgschaft übernehme, dieser substituirt nachher, ohne mein Wissen, den Cajus, welcher nun für mich

13) a. a. O.

14) Explanat. ad L. 3. C. de contrah. et committ. stipulat. p. 415

15) *L. 46. §. 1. D. h. t.*

Bürge wird. Hier kommt dem letztern gegen mich nicht die actio mandati, sondern die actio negotiorum gestorum zu.

§. 420.

Viertes Erforderniß.

Zur Begründung einer obligationis negotiorum gestorum wird ferner 4) erfordert, daß man die Geschäfte des Andern nicht wider den Willen desselben, und gegen dessen ausdrückliches Verbot übernommen habe. Denn wer dieses thut, muß nicht nur dem Eigenthümer allen Schaden ersetzen, insofern derselbe ohne seine Einmischung nicht entstanden seyn würde; sondern er bekommt auch nichts dafür ersetzt, was er gleichwohl zum Nutzen des Eigenthümers verwendet hat[16]). Dieses drückt die Regel aus: *inviti*, oder, wie Hellfeld sagt, *contradicentis negotia non geruntur*. Unter den alten römischen Juristen, Proculus und Julian, war zwar darüber ein Streit, ob derjenige, welcher sich den Geschäften eines Andern gegen dessen Verbot unterzogen, und diese auch nützlich besorgt hat seine gehabten Auslagen nicht wenigstens mittelst einer actionis negotiorum gestorum utilis einklagen könnte[17])? Proculus behauptete, daß nach der Billigkeit dem Geschäftsführer auch in diesem Falle die Klage wegen des Kostenersatzes nicht abzusprechen sey. Denn wollte ihm der Eigenthümer die Einrede des geschehenen Verbots entgegen setzen, so könnte er sich dagegen mit der replicatione doli mali schützen, weil es unbillig sey, sich

16) *L. 40. D. mandati. L. 8. §. 3. D. h. t.*

17) S. *Gottfr.* MASCOVII Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianorum. Cap. IX. Sect. V. §. 2. pag. 164. sqq. und besonders *Em.* MERILLII Expolition. in quinquaginta Decision. Iustiniani Cap. 33.

sich mit dem Schaden eines Andern bereichern zu wollen[18]). Julian hingegen läugnete schlechterdings, daß in dem bemerkten Falle gegen den Eigenthümer die actio negotiorum gestorum contraria Statt finde, man möge sie nun directam oder utilem nennen[19]); ohne Zweifel aus dem Grunde, weil derjenige, welcher sich, des Verbots des Eigenthümers ungeachtet, in dessen Angelegenheiten gemischt, und dieser wegen Kosten aufgewendet hat, nicht die Absicht gehabt haben könnte, sich denselben verbindlich zu machen; man müsse also hier annehmen, daß er ihm seine Kosten und Auslagen habe schenken wollen. In dieser Hinsicht lasse sich auch nicht mit Grund behaupten, daß sich der Eigenthümer zum Schaden des Geschäftsführers auf eine unbillige Art bereichere. Der Meinung Julians gaben auch Pomponius und Paulus Beyfall[20]). Justinian hat jedoch diese Streitfrage in einer von seinen funfzig Decisionen[21]),

18) *L.* 17. § 1. *D. de instit. act.* sagt Proculus: videri me dolum malu facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram.

19) Julians Meinung führt Justinian an *L. ult. Cod. h. t.*

20) *L.* 40. *D. mandati.* Si pro te praesente et vetante fideiusserim, sagt Paulus, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est. Sed quidam *utilem* putant dari oportere: quibus non consentio; secundum quod et POMPONIO videtur.

21) *L. ult. Cod. h. t.* Si quis nolente, et specialiter prohibente domino rerum, administrationi earum se se immiscuit; apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestorum habeat aliquam adversus dominum actionem: quam quibusdam pollicentibus directam, vel utilem, aliis negantibus, (in quibus et *Salvius Iulianus* fuit) hoc decidentes sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundum *Iuliani* sententiam nullam

und zwar nach Julians Meinung, entschieden, und nur die nähere Bestimmung beygefügt, daß wenn der Geschäftsführer schon vorher Kosten aufgewendet hätte, ehe er von dem Verbot des Eigenthümers Nachricht erhielt, diese ihm ersetzt werden müßten, insofern sie für den Eigenthümer nützlich wären. Sodann müsse auch der Eigenthümer seinen Widerspruch ausdrücklich, entweder schriftlich oder mündlich, jedoch in Gegenwart einiger Personen, zu erkennen gegeben haben. Ist dieses geschehen, und der Geschäftsführer fährt dennoch fort, so kann er von der Zeit an keinen weitern Kostenersatz verlangen, wenn er auch das Geschäft noch so nützlich besorgt hätte[22]). Uebrigens wird hier freylich, wie auch

lam esse adversus eum vel directam vel utilem contrariam actionem: scilicet post denunciationem, quam ei dominus transmiserit, non concedens ei res eius attingere licet res bene ab eo gestae sint. Quid deinde si dominus aspexerit, ab administratore multas expensas utiliter factas, et tunc dolosa adsimulatione habita, eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? quod nullo modo patimur, sed ex quo ea testatio ad eum facta est vel in scriptis, vel sine scriptis, sub testificatione aliarum tamen personarum; ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei competere actionem. Super anterioribus autem (si utiliter factae sunt) habere eum actionem contra dominum concedimus, sua natura currentem.

22) Der kategorischen Entscheidung Justinians in der *L. ult. C. cit.* ungeachtet, glauben dennoch verschiedene Rechtsgelehrten, daß es der Billigkeit und Rechtsanalogie gemäßer sey, nach der Meinung des Proculus zu sprechen. Diese Meinung hegte zuerst der wegen seiner gar zu billigen Denkungsart bekannte Martinus Gosias, dem nachher mehrere beygetreten sind, unter denen ich einen Voet in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 11. ungern nenne. Allein der Grund, daß es

auch unser Verfasser bemerkt hat, immer vorausgesetzt, daß derjenige, welcher mir die Verwaltung seiner Geschäfte untersagt hat, sowohl die physische als moralische Fähigkeit einen solchen Widerspruch einzulegen, haben müsse. Wenn also die Person, die das Geschäft angeht, gar nicht einmal im Stande war, zu dissentiren, wenn man sie auch um ihren Consens gefragt hätte, und doch die Besorgung des Geschäfts für sie nothwendig oder nützlich ist, so kann ein solcher Widerspruch die Entstehung der obligationis negotiorum gestorum nicht hindern. Dieser Fall kann vorkom-

 men,

es doch unbillig sey, sich mit eines andern Schaden zu bereichern, ist schon oben beantwortet worden; nicht zu gedenken, daß diese Regel der Billigkeit überhaupt mehrere Ausnahmen leidet, welche *P. t. Franc* LINGLOIS in Quinquaginta Decision. Iustiniani Decis. I Qu. 1. anführt. Und wenn ein malae fidei possessor den Kostenaufwand in Abrechnung bringen kann, welchen er wesentlich zur Verbesserung der sich angemaßten fremden Sache gemacht hat; *L.* 38. *D. de hered. petit.* so folgt hieraus noch nicht, daß dem negotiorum gestori, der gegen das Verbot des Eigenthümers gehandelt hat, ebenfalls eine Entschädigungsklage zustehen müsse. Denn der Prädo hatte bey seinem Kostenaufwande nicht die Absicht, ein fremdes Geschäft zu geriren, folglich läßt sich hier nicht so, wie bey dem negotiorum gestore in dem bemerkten Falle, eine Freygebigkeit (animus donandi) vermuthen, wie MERILLIUS in Exposit. in L. Decis. Iustin cap. 33. in fin. sehr gründlich gegen Martins Meinung erinnert hat. Es ist überdem sehr merkwürdig, daß eben der Paulus, welcher in der *L.* 40. *D. mandati* dem negotiorum gestori die Klage in dem bemerkten Falle gegen den Eigenthümer rund abspricht, in der angef. *L.* 38. *D. de hered. petit.* selbst den Grund anführt, quod non debeat petitor ex aliena iactura lucrum facere. Ein Widerspruch läßt sich aber ohne Grund nicht annehmen. S. SCHMID cit. Diss. pag. 111.

men, wenn man die Geschäfte eines Kindes, oder eines Rasenden, oder eines höchst Betrunkenen zu dessen Besten besorgt. Hier kommt der Widerspruch einer solchen Person in keine Betrachtung, sondern es ist eine wahre negotiorum gestio vorhanden, und der Eigenthümer, seines Widerspruchs ungeachtet, zur Entschädigung verpflichtet, weil er die physische Fähigkeit zu dissentiren nicht hatte. Eben dieses findet Statt, wenn der Widerspruch des Eigenthümers gesetzwidrig oder gar boshaft ist, weil die Besorgung des Geschäfts eine solche Verbindlichkeit betrift, deren Erfüllung ihm nach den Gesetzen oblag. Dahin gehört, wenn Jemand gegen das Verbot des Eigenthümers eine nöthige Reparatur in desselben Hause unternimmt, um eine Gefahr abzuwenden, welche von dem Einsturz des Gebäudes zu besorgen war[23]); oder wenn Jemand sich gegen das Verbot des Erben der Beerdigung seines Erblassers unterzieht, weil der Erbe dazu keine Anstalt machte. In beyden Fällen ist die Verbindlichkeit zur Entschädigung, des eingelegten Widerspruchs ungeachtet, gesetzlich begründet[24])

§. 421.

Fünftes, sechstes und siebendes Erforderniß der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione.

Ein fünftes Erforderniß bey der negotiorum gestione ist, daß man nicht aus Gewinnsucht, und bloß um seines eigenen Vortheils willen, sich eigenmächtig in fremde Geschäfte eingemischt habe. Zwar ist

23) Nam interest reipublicae, ne urbs ruinis deformetur. *L. 2. §. 17 L. ult. D. Ne quid in loco publico.*

24) *L. 14. §. 13 D. de religios.* LINGLOIS cit. loc. Qu. 2.

ist auch ein solcher negotiorum gestor, und zwar noch mehr, als ein anderer, zur Verantwortung verpflichtet, weil es in Ansehung der Klage, die dem Eigenthümer deshalb zusteht, nicht auf die Absicht des negotiorum gestoris, sondern nur darauf ankommt, daß Jemand die Geschäfte desselben übernommen hat. Allein die Klage, die sonst auch der negotiorum gestor wegen seiner Entschädigung gegen den Eigenthümer anstellen kann, wenn gleich der Nutzen durch Zufall wieder verlohren gegangen ist, fällt hier weg. Nur insofern der Eigenthümer durch eine solche Geschäftsführung würklich bereichert worden ist, gestatten die Gesetze dem negotiorum gestori der Billigkeit wegen, welche überhaupt in dieser Lehre gleichsam den ersten und Hauptgrundsatz ausmacht, eine Klage[25]) welche Cujaz[26]) für eine condictionem indebiti, Jensius[27]) für die actionem de in rem verso, Schmidt[28]) für eine actionem in factum, die meisten Rechtsgelehrten[29]) aber, der Natur der Sache

25) *L. 6. §. 3. D. h. t.* Sed et si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed *sui lucri causa:* LABEO scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse: qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit: *non in id, quod ei abest*, quia improbe ad negotia mea accessit; sed in id, *quod ego locupletior factus sum*, habet contra me actionem.

26) ad *Africanum* Tract. VIII. ad L. ult. D. h. t.

27) Strictur. ad Rom. iuris Pandectas et Codicem pag. 13.

28) Theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen IV. Band §. 1079. ad 4)

29) VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. 9. *Desid.* HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate Lib. II. cap. 23. §. 5. (Tom. II. *Thes.*

gemäßer, für die actionem negotiorum gestorum contrariam halten, welche nun aber hier freylich zur Strafe des Eigennutzes sehr beschränkt ist. Gerhard Noodt[30]) will zwar auch nicht einmal in dem Falle, den das Gesetz ausnimmt, dem negotiorum gestori eine Klage gestatten, sondern glaubt, daß derselbe sich nach der Rechtsanalogie nur einer Retention oder Compensation bedienen könne, weil in andern Gesetzen auch nicht einmal einem bonae fidei possessori, wenn er auf die fremde Sache Kosten verwendet hat, dieserwegen eine Klage, sondern eine bloße Exception gestattet werde[31]); man müsse also in dem angeführten Gesetz statt: habet contra me actionem, vielmehr habet contra me *exceptionem* lesen. Allein daß diese Emendation ganz unnöthig sey, und daß durch dieselbe, gegen die billige Absicht des Gesetzes, bald die Lage des *negotiorum gestoris*, wenn zufälliger Weise der Eigenthümer nichts mehr an ihm zu fordern haben sollte, um demselben die exceptionem compensationis entgegen setzen zu können, bald hingegen die Lage des Eigenthümers verschlimmert werden würde, wenn nämlich die vorgeschützte Einrede des Geschäftsführers z. B. wegen

Thes. I. R. Ottonian. pag. 1270) *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad lib. III. Pand. h. t. pag. 157. § 4. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora Exercit. V. §. 5. und SCHMID cit. Diss ad h. Tit. pag. 66. sqq.

30) Probabil. Lib. III. cap. 9.

31) *L.* 48. *D. de rei vindic. L.* 33. *D. de condict. indeb.* Allein hier ist von keiner negotiorum gestione die Rede. Es hat auch die Vindicationsklage ihrer Natur nach keine solche *actionem contrariam* zur Folge, wie die actio negotiorum gestorum directa. Es läßt sich folglich von dem Einem auf das Andere hier kein Schluß machen.

wegen der Schätzung der Meliorationen auf einer weitaussehenden Erörterung beruhen sollte, haben Jensius[32], Voet[33], und besonders Wächtler[34] gegen Noodt hinlänglich dargethan.

Auf Seiten des Geschäftsführers wird ferner 6) erfordert, daß er die Absicht gehabt, sich den Herrn des Geschäfts verbindlich zu machen, oder doch wenigstens nicht in der Absicht, ihm seine Kosten und Auslagen zu schenken, die Geschäfte desselben übernommen habe. Zwar ist der animus obligandi keinesweges dazu erforderlich, um den Geschäftsführer zu verpflichten[35]. Denn dieser ist aus der negotiorum gestione allemal verbindlich, seine Absicht mag gewesen seyn, welche sie wolle[36]; weil die Intention des Geschäftsführers das Recht des Eigenthümers nicht ändern noch vermindern kann[37]. Allein wenn von der Verbindlichkeit des Geschäftsherrn zur Entschädigung des negotiorum gestoris die Frage ist, so hat die demselben dieserwegen zustehende Klage nach der Subtilität des römischen Rechts eigentlich nur denn Statt, wenn dieser die Absicht gehabt hat, den Herrn des Geschäfts

32) a. a. O.

33) a. a. O.

34) Notae ad *Noodtii* Probabil. iur. civ. cap. 9. Libri III. (in *Opuscul.* pag. 324. seqq.)

35) *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. und Höpfner im Comm ntar über die Institutionen §. 937. Not. 5.

36) *L.* 6 §. 3 *D. h. t.*

37) SCHMID cit. Diss. pag. 65. sqq.

schäfts verbindlich zu machen[38]). Sie fällt also der Regel nach weg, wenn ich zwar wirklich ein fremdes Geschäft verrichtet habe, aber doch solches nicht gewußt, sondern vielmehr geglaubt habe, meine eigene Angelegenheiten zu besorgen. In solchem Falle kann man sich entweder nur einer Retention bedienen, oder man kann dasjenige, was man in der Meinung, seine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen, für einen Andern wider sein Wissen und Willen bezahlt hat, von dem Empfänger als eine Nichtschuld zurückfordern, weil der wahre Schuldner durch eine solche aus Irrthum geschehene Zahlung von seiner Verbindlichkeit nach dem strengen Rechte nicht befreyet worden ist[39]). Z. B. es glaubt Jemand Erbe zu seyn, und bezahlt eine Erbschaftsschuld, so kann er zwar bey der Restitution der Erbschaft das Bezahlte in Abrechnung bringen[40]); allein ist die Erbschaft einmal abgeliefert, so kommt ihm gegen den Erben keine actio negotiorum gestorum zu, sondern er kann nur mit der condictione indebiti das Gezahlte von dem Gläubiger zurückfordern[41]). Da jedoch das Gesetz der Billigkeit, welches hier bey der negotiorum gestione, wie bereits oben bemerkt worden ist, den Hauptentscheidungsgrund ausmacht, nicht erlaubt, sich mit dem Schaden eines Andern zu bereichern

38) *L. 14. §. 1. L. 29. D. communi divid. L. 14. §. 11. D. de religios. L. 33. in fin. D. de condict. indeb.*

39) *L. 19. §. 1. D. de condict. indeb. L. 38. §. 2. D. de Solution.*

40) *L. 5. Cod. de heredit. petit.*

41) CUJACIUS ad *Africanum* Tract. VII. ad L. 38. §. 2. D. de Solut. et Tract. VIII. ad L. ult. D. h. t. VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 13. und de COCCEJI iur. civ. controv. h. t.

chern, ſo geſtatten die Geſetze[42]) in dem Falle, da ein Dritter, wenn gleich wider mein Wiſſen und Willen durch das von mir übernommene Geſchäft von einer Verbindlichkeit befreyet worden iſt, welche ihm den Rechten nach zu erfüllen oblag, in Ermangelung eines andern Rechtsmittels, billig die actionem negotiorum geſtorum utilem gegen denjenigen, deſſen Nutzen dadurch wirklich befördert worden iſt. Wenn ich alſo z. B. in der Meinung, daß ich des Titius Erbe geworden ſey, Vermächtniſſe auszahle, ſo kann ich nachher, wenn ich die Erbſchaft dem wahren Erben habe abtreten müſſen, die geleiſteten Zahlungen mit der actione negotiorum geſtorum utili erſetzt verlangen. Denn ich habe ihn doch durch dieſe Zahlungen von einer Verbindlichkeit befreyet, welche ihm ſelbſt obgelegen hätte[43]). Dieſes hat nun auch nach dem heutigen Gerichtsgebrauche nicht den mindeſten Zweifel, als welcher nach dem Zeugniß der bewährteſten practiſchen Rechtsgelehrten[44]) die actionem negotiorum

42) *L. 14. §. 11. D. de religioſ. L. 32. pr. D. eodem. L. 50. §. 1. D. de heredit. petit.* und beſonders *L. ult. D. h. t.* wo es heißt: Si rem, quam ſervus venditus ſurripuiſſet a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura eſſe deſierit: de pretio *negotiorum geſtorum actio* mihi danda; ſicut dari deberet, ſi negotium, quod tuum eſſe exiſtimares, cum eſſet meum, geſſiſſes. Sicut ex contrario in me tibi daretur, ſi, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas ſolviſſes, quandoquidem ea ſolutione liberarer.

43) *L. ult. D. h. t.*

44) de COCCEJI c. l. LAUTERBACH Colleg. Theor. pr. Pandect. h. t. §. 9. REINHARTH Diſſ. de eo, quod circa negot. geſt. iuſtum eſt. §. 18. L. B. *a* WERNHER Obſervat. for. Tom. II. Part. X. Obſ. 262. Struben rechtliche Bedenken 3. Theil Bed.

rum gestorum utilem ohne alles Bedenken gestattet, wenn man auch nicht gerade die Absicht gehabt hat, den Herrn des Geschäfts zu verpflichten, aber doch auch nicht den Willen, ihm die Auslagen zu schenken, insofern nur durch das Geschäft der Nutzen desselben wirklich befördert worden ist.

Wenn das Geschäft, was ich ohne Auftrag übernommen habe, mehrere Personen zugleich angeht, ich habe es aber nur in Rücksicht des einen gerirt, so ist mir eigentlich nur dieser ex quasi contractu negotiorum gestionis verbindlich. Der andere haftet blos in subsidium der Billigkeit wegen insoweit, als er durch meine Geschäftsführung bereichert worden ist. Z. B ich besorge ein Geschäft ohne Auftrag, welches das Pekulium eines filiifamilias betrift. Hier entsteht die Frage, ob ich auch gegen den Vater, welcher seinem Sohne das Pekulium zum negociiren gegeben hat, die actionem negotiorum gestorum anstellen könne? Nach der Meinung des Labeo, die auch Pomponius annimmt[45]), kommt es darauf an, ob ich blos in Rücksicht des Vaters das negotium peculiare gerirt habe, oder aus Freundschaft für den Sohn In dem erstern Falle ist mir der Vater aus dieser negotiorum gestione ganz allein verbunden. In dem letztern Falle aber betrift zwar ihn auch, als Eigenthümer des Pekuliums, das von mir übernommene Geschäft; allein da ich es doch nicht in Rücksicht desselben, und in der Absicht, ihn verbindlich zu machen, besorgt habe, so steht mir die actio negotiorum gesto-

Bed. 76. Schmidt Commentar über s. Vaters Lehrb. von Klagen IV. Band §. 1079. ad 4. u. a. m.

45) *l. 6. §. 6. D. h. t.*

gestorum eigentlich nur gegen desselben Sohn zu. Denn daß auch ein filiusfamilias nach dem Civilrecht verbindlich werden kann, ist ausser Zweifel [46]). Gegen den Vater kann ich also hier nur actione de peculio klagen. Wäre hingegen diese Klage fruchtlos, weil der Sohn dem Vater mehr schuldig ist, als das Pekulium beträgt, so kann ich nun zwar den Vater actione negotiorum gestorum utili belangen, allein doch nur in quantum locupletior ex mea administratione factus est. Eben so ist es, wenn Titius meinem Sohn den Auftrag gegeben hat, daß er ihm ein Grundstück kaufe, und ich mich diesem Geschäft unterziehe, nachdem ich von dem Auftrage Nachricht erhalten habe. Afrikanus [47]) sagt, es komme auf meine Absicht an, warum ich mich der Sache annahm. That ich es aus Freundschaft für den Titius, weil ich es besser wußte, wie mein Sohn, was Titius für ein Grundstück brauche, und wo dergleichen für einen billigen Preiß zu bekommen sey, so hat zwischen mir und dem Titius die actio negotiorum gestorum Statt, eben so als wenn gar kein Auftrag wäre ertheilet worden. Hätte ich aber das Kaufsgeschäft blos um meines Sohnes willen übernommen, damit nur dieser nicht deswegen verantwortlich werde, so findet hier die actio negotiorum gestorum nicht Statt, sondern ich kann nur gegen den Titius ex persona filii mei *actionem mandati* anstellen, ihm stehet hingegen wider mich die actio de peculio zu.

Habe

46 *L. 39. D. de obligat. et action.* SCHMID. Diss. ad h. Tit. pag. 75. sqq.

47) *L. 46. D. h. t.*

Habe ich mich blos in der Person desjenigen geirrt, für welchen ich das Geschäft besorgte, ich glaubte Titius sey Eigenthümer desselben, ich habe aber eigentlich des Sempronius Geschäft besorgt, so ist nicht der erstere aus dieser negotiorum gestione verbindlich, sondern ich habe es in Ansehung meiner Entschädigung lediglich mit dem Sempronius, als dem wahren Eigenthümer, zu thun [48]). Der Irrthum in der Person hindert also die Entstehung der Verbindlichkeit aus der negotiorum gestione nicht, wenn ich nur die Absicht gehabt habe, einen Dritten verbindlich zu machen. Daß die Billigkeit auch hier den Hauptentscheidungsgrund ausmacht, lehrt folgender Rechtsfall aus **Ulpian** [49]). Titius bezahlt verschiedene Schulden des verstorbenen Sempronius, in der Meinung, daß seine Schwester desselben Testamentserbin geworden sey. Allein des Verstorbenen Kinder fochten das Testament ihres Vaters an, und wurden sui heredes mit Ausschließung der Testamentserbin. Hier hatte nun zwar Titius die Geschäfte seiner Schwester zu besorgen geglaubt, in der That aber die negotia der Kinder der Verstorbenen gerirt. Wer entschädigt nun in diesem Falle den Titius? Von den Gläubigern, an welche er die Schulden des Verstorbenen bezahlt hat, kann er nichts zurückfordern [50]). Es ist daher billig, daß er von den wahren Erben seine Entschädigung erhalte. Denn wenn gleich die Zahlung nicht in Rücksicht ihrer

48) *L. 5. §. 1. D. h. t.*

49) *L. 45. §. 2. D. h. t.*

50) *L. 44. D. de condict. indeb.* Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est.

ihrer geschahe, so ist dadurch doch in der That ihr Vortheil befördert worden, weil sie sich nun auf immer mit der exceptione doli gegen die Gläubiger ihres Erblaßers schützen können, wenn sie etwa von diesen belangt werden sollten [51]). Sie würden sich also mit dem Schaden des Titius unbilliger Weise bereichern. Mit Recht sagt daher Ulpian: quia aequum est, in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit [52]).

Endlich wird noch 6) erfordert, daß das unternommene Geschäft zum Vortheil des Principals müsse besorgt worden seyn, gesetzt auch, daß der Nutzen nachher wieder durch einen Unglücksfall verlohren gegangen wäre [53]).

§. 422. a.

Von den Verbindlichkeiten welche aus der negotiorum gestione entstehen.

I) Verbindlichkeiten des Geschäftsführers. Welche culpam praestirt der N. Gestor?

Wir haben nun die Erfordernisse dieses Quasi-Contracts der negotiorum gestionis kennen gelernt, und kommen jetzt auf die gegenseitigen Verbindlichkeiten selbst, welche aus der negotiorum gestione entstehen. Diese bestehen nun

I) auf Seiten des Geschäftsführers darin,

1) daß er das übernommene Geschäft mit dem gehörigen Fleiße besorge. Da der Fleiß, so wie die aus dessen

51) *L. 74. §. 2. D. de iudiciis.* SCHMID cit. Diss. pag. 57. not. b.

52) *L. 45. §. 2. D. h. t.*

53) *L. 10. §. 1. D. h. t.*

dessen Unterlassung entspringende Culpa, ihre Grade hat; (§. 322.) so entsteht die Frage welchen Grad des Fleißes der Geschäftsführer anwenden müsse, den höchsten, mittlern, oder niedrigsten? und für welchen Grad der Nachläßigkeit er also zu haften schuldig sey? für ein grobes, oder mäßiges, oder auch für ein ganz geringes Versehen? Diese Frage ist von jeher unter den Rechtsgelehrten sehr streitig gewesen. Es giebt vorzüglich zwey Meinungen. Die eine Parthey behauptet, der negotiorum gestor brauche nur den gewöhnlichen Fleiß anzuwenden, den jeder ordentliche Mensch zu beobachten pflegt; er sey also nur verbunden, culpam levem zu prästiren. Man nimmt jedoch zwey Fälle aus, nämlich a) wenn der Geschäftsführer sich zu dem Geschäft gedrungen, und einen Andern ausgeschlossen hat, der mit grösserem Fleiße und Vorsicht das Geschäft betrieben haben würde; und b) wenn das übernommene Geschäft ein solches ist, das seiner Natur nach den höchsten Grad von Fleiß und Aufmerksamkeit erfordert. Dieses war schon die Meinung der Glosse[54]), welcher die alten italiänischen Rechtsgelehrten, *Albericus de* ROSATE, Cynus, Bartolus, Baldus, Bartholomäus Salicetus, Paulus Castrensis, und selbst Alciatus[55]) einstimmig folgten. Unter den neuern Rechtsgelehrten haben dieser Meinung vorzüglich die beyden Faber, Anton[56]) und Perer[57]). Georg Franzkius[58]), Lauterbach[59]), Con-

54) ad *L.* 3. §. 9. ad *L.* 12. *D. h. t.* und ad *L.* 20. *C. eod.*

55) Commentar. in Tit. Dig. de Verbor. Signif. ad L. 226. h. t.

56) Rational. ad L. 11. D. h. t.

57) Commentar. ad L. 23. D. de Reg. iur.

58) Exercitat. XI. Qu. 7.

59) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 16—19.

Conrad Rittershuſen[60]), Delrio[61]) und Marcilius[62]); unter den neueſten aber Mencken[63]), Schneider[64]), Schmid[65]), und Höpfner[66]) zu vertheidigen geſucht. Andere hingegen glauben, daß der negotiorum geſtor der Regel nach verbunden ſey, den höchſten Grad des Fleißes zu beobachten. Er müſſe daher für allen Schaden haften, der auch nur durch das geringſte Verſehen wäre verurſacht worden. Dieſe Meinung vertheidigte zuerſt Cujaz[67]), und unter ſeinen Anhängern zählen wir die meiſten und berühmteſten Rechtsgelehrten, unter denen Johann Voet[68]), Jacob Gothofredus[69]), Vultejus[70]), Gerhard Noodt[71]), *de* OROZ[72]), Bachov[73]), Anton Schul-

60) Commentar. in L. 23. D. de Reg. iur. (*Argentor.* 1616. 4.) Cap. 12. pag. 170—174.

61) Commentar. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. 24.

62) Not. ad Inſtitut. Tit. de obligat. quae quaſi ex contr. §. 1.

63) Diſſ. levem culpam a negotiorum geſtore ordinarie praeſtari. *Helmſtad.* 1760.

64) Comment. de negotiorum geſtore ordinarie ad culpam levem obligato. *Calulae* 1780.

65) cit. Diſſ. pag. 29—50.

66) Commentar über die Inſtitutionen §. 937.

67) ad PAULI recept. Sentent. Lib. I. Tit. 4. Idem in Comm. ad L. 23. D. de Reg. iur. und in *Africano* Tr. V. ad L. 108. §. 12. D. de legat. I.

68) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 4.

69) Comment. ad L. 23. D. de Reg. iur. §. 8. pag. 138.

70) Discept. ſcholaſt. cap. 15.

71) Comment ad Dig. h. t. T. II. *Oper.* pag. 99.

72) de Apicibus iuris civ. Lib. V. cap. 5. nr. 16. et 17.

73) Comm. in prim. Part. Pandectar. h. t. Cap. V. nr. 7. und ad *Treutlerum* Vol. I. Diſp. X. Th. V. Lit. C. et D.

ring[74]), Wilhelm Prouſteau[75]), Johann D'Avezan[76]), Everhard Otto[77]), Janus a Coſta[78]), Ultramiranus[79]), Wiſſenbach[80]), Contius[81]), Schilter[82]), Struv[83]), Peter Müller[84]), Ulrich Huber[85]), Chriſtfried Wächter[86]) und Majanſius[87]), beſonders angeführt zu werden verdienen.

Beyde Partheyen haben für ihre Meinung ſo wichtige Gründe, daß es wirklich ſchwer iſt, zu beſtimmen, für welche man ſich eigentlich erklären ſoll. Unſer Verf. nimmt die erſtere Meinung an, mir ſcheint aber doch die letztere ſowohl den

74) Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 6.

75) Recitation. ad L. 23 D. de Reg. iur. Cap. XV. §. 17. (Tom. III. *Theſ. Meermann.* pag. 513.)

76) Contractuum Lib. I. cap. 34 §. 2. (Tom. IV. *Th. Meerm.* pag. 63.)

77) Comment. ad §. 1. I. de obligat. quaſi ex contr.

78) Commentar. ad §. 1. I. eod. tit.

79) Comment. in libros quaeſtion. Cervid. Scaevolae Lib. I. ad L. 9. D. h. t. §. 1. (Tom. II. *Theſ. Meermann.* pag. 375.)

80) Diſputat. iuris civ. Nr. XXXIX. §. 6. und in Comment. in libros VII. prior. Cod. h. t. §. 3.

81) Commentar. ad L. 23. D. de Reg. iur.

82) Praxis iur. Rom. Exercit. X. § 67. et 68.

83) Syntagm. iur. civ. Ex. VII. Th. 50.

84) ad *Struvium* cit. loc. not. *β.*

85) Eunomia Rom. pag. 154.

86) Ad *Ulpiani* L. 5. §. 2. D. Commod. et L. 23. D. de R. I. ſive de gradibus culpae in contractibus. *Vitemb.* 1680. Cap. XI.

87) Commentar. ad XXX. ICtor. fragmenta Tom. I. pag. 375.

den allgemeinen Regeln in Abſicht des zu beobachtenden Fleiſſes, als auch den Geſetzen gemäßer zu ſeyn. Denn

1) wollen überhaupt die Geſetze, daß man bey der Verwaltung fremder Geſchäfte, die man nicht aus rechtlicher Nothwendigkeit, wie z. B. eine Vormundſchaft, ſondern freywillig übernommen hat, für eine jede, auch die geringſte Nachläßigkeit verantwortlich ſeyn ſolle. Aliena negotia, ſagt **Conſtantin**[88]), exacto officio gerenda; *nec quicquam in eorum adminiſtratione neglectum, ac declinatum, culpa vacuum eſt.* Daher muß der Mandatar nach ausdrücklichen Geſetzen[89]) für das kleinſte Verſehen haften. Wie wird nun alſo der negotiorum geſtor, der ohne Auftrag und Beruf, und gewiſſermaßen aus Zudringlichkeit handelt, von dieſer Verbindlichkeit ſich befreyen können? wenn man zumal erwägt, daß die negotiorum geſtio überhaupt nach der Analogie des mandati rechtlich gebildet worden iſt. Hierzu kommt.

2) daß auch bey andern Contracten, wo ſonſt gewöhnlich nur der mittlere Grad des Fleißes oder gar noch ein geringerer beobachtet wird, eine Verbindlichkeit zur culpa leviſſima alsdann eintritt, wenn das Geſchäft an ſich läſtig iſt, und man ſich dennoch freywillig dazu erboten hat. Dies iſt der Fall bey Vormündern[90]), ferner bey Depoſitaren[91]). Was thut nun derjenige anders, der ſich eines Andern Geſchäften ohne Auftrag unterzieht, als daß er ſich ungebeten

88) *L. 21. Cod. mandati.*

89) *L. 13. Cod. eodem. Hieron. de* OROZ de Apicibus iuris civ. Lib. V. cap. 5. nr. 18.

90) *L.* 53 §. 3. *D. de furt.*

91) *L.* 1. §. 35. *D. depoſiti.*

zum Beſorger fremder Geſchäfte aufwirft? Ein bündiges Argument für dieſe Meinung läßt ſich ferner

3) daher nehmen, daß die Geſetze ſagen, der negotiorum geſtor ſolle zwar culpam, aber nicht caſum präſtiren[92]. Soll er alſo nur für keine Unglücksfälle haften dürfen, ſo wird er übrigens wohl ganz natürlich für ein jedes Verſehen verantwortlich ſeyn. Ja es fehlt auch endlich

4) nicht an deutlichen Geſetzen, welche den negotiorum geſtor zu allem möglichen Fleiße verbinden. Hierher gehört zuerſt die L. 23. D. de Reg. iur. Es werden darin eine Menge Contracte angeführt, qui dolum et culpam recipiunt, nämlich mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela, nun heißt es: NEGOTIA GESTA. *in his quidem et diligentiam.* Daß hier der Ausdruck *diligentia* den höchſten Grad von Fleiß bezeichnen ſoll, iſt auſſer Zweifel. Es ergiebt ſich dieſer Sprachgebrauch nicht nur aus andern Geſetzen[93], ſondern es kann auch inſonderheit in unſerm Geſetz darum keine andere Erklärung angenommen werden, weil die *diligentia* hier der *culpae* entgegengeſetzt wird, welches Wort gewöhnlich den mittleren Grad der Nachläßigkeit, oder die culpam levem, in der geſetzlichen Sprache bezeichnet. Es

92) *L. 32. pr. L. 37. §. 1. D. h. t.* Es behauptet zwar WEHRN in Doctr iuris explicatr. principior. et cauſar. damni praeſtandi §. 7. daß die angeführten Geſetze von dem Falle müßten verſtanden werden, da man ſich einem andern Fleißigeren und Sorgſamern vorgedrungen habe. Allein daß dieſes nicht immer der Fall iſt, wird bey der Widerlegung der gegenſeitigen Gründe gezeigt werden.

93) *L. 47. §. 5. D. de Legatis I. L. 5. §. 2. D. Commodati.*

Es soll also der Ausdruck *diligentia* hier offenbar einen höhern Grad des Fleißes anzeigen, als derjenige ist, aus dessen Unterlassung eine *culpa levis* entspringt. Nun sind zwar die Rechtsgelehrten über die Lesart der Worte: *in his quidem et diligentiam*, noch nicht einig, indem verschiedene [94]) statt quidem vielmehr *quidam* lesen wollen; ich glaube aber mich auf diese Critik hier um so weniger einlassen zu dürfen, nachdem schon Pütrmann [95]) die Richtigkeit jener Lesart ausser allen Zweifel gesetzt, und aus überzeugenden Gründen dargethan hat, daß die Worte: *in his quidem* etc. sich unmittelbar auf die negotia gesta beziehen, und soviel sagen wollen: *et in negotiis quidem gestis et diligentiam* scil. summam *exigimus*. Ein sehr entscheidender Text ist ferner die L. 24. Cod. de usuris, wo es ausdrücklich heißt: *Si mater tua, maior annis constituta, negotia, quae ad te pertinent, gesserit; cum omnem diligentiam praestare debeat: usuras pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, praestare compelli potest.* Es ist besonders merkwürdig, daß hier sogar der Mutter die Beobachtung des höchsten Fleißes zur Pflicht gemacht wird, wenn sie die Geschäfte ihrer Kinder führt, wie vielmehr ist dieses nicht von jedem andern negotiorum gestore zu behaupten? Man wendet zwar dagegen ein, daß keine Nothwendigkeit vorhanden sey, die Worte: *omnem diligentiam* gerade von dem höchsten Grade des Fleißes, zu verstehen, weil aller Wahrscheinlichkeit nach die Mutter, als Vormünderin, die

94) PROUSTEAU in Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. 23. (in Tom. III. *Thes. Meermann.* pag. 533.) und besonders *Bern. Henr* REINOLDUS in Diss. ad L. 23. D. de Reg. iur. (in EIUS *Opuscul. iurid.* a IUGLERO edit. pag. 303. sqq.)

95) Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 9. pag. 70. sqq.

Geschäfte ihrer Kinder besorgt habe; das Gesetz sey folglich der Natur der Sache nach nur von dem gewöhnlichen Fleiße zu verstehen, den Vormünder anzuwenden schuldig sind. Allein gerade die Worte: *maior constituta annis*, worauf man diese Erklärung gründet, lehren uns das Gegentheil. Denn hätte die Mutter, als Vormünderin, die Geschäfte ihrer Kinder verwaltet, so verstand sich's ja von selbst, daß sie volljährig seyn mußte, weil keine minderjährige Mutter zur Uebernehmung der Vormundschaft über ihre Kinder fähig ist[96]). Dahingegen war die Voraussetzung, daß die Mutter die Volljährigkeit bereits erreicht haben müsse, in dem Falle schlechterdings nothwendig, da sie als Geschäftsführerin ihrer Kinder für die Zinsen der verwalteten Gelder derselben haften sollte, weil sie sonst, als minderjährige, aus der übernommenen Geschäftsführung nur insofern verbindlich geworden wäre, als sie sich dadurch bereichert hat. Unter die vorzüglichsten Beweißstellen gehört endlich noch die L. 25. §. 16. D. familiae erciscundae, welche folgendermaßen lautet: *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres; quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias; quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi; et ideo negotiorum gestorum actio ei non competit.* Es wird hier die Frage entschieden, für welche culpam ein Miterbe haften müsse, wenn er ohne Auftrag des andern Miterben die gemeinschaftliche Erbschaft verwaltet hat? Man könnte glauben, sagt das Gesetz, daß er, wie ein negotiorum gestor, zu den höchsten Grad des Fleißes

96) L. 2. Cod. quando mulier officio tut. fungi pot.

Fleißes verbunden sey. Allein es ist ein großer Unterschied zwischen dem Miterben und einem negotiorum gestor. Denn erster hatte wegen seines Antheils, der ihm an der Erbschaft zukommt, doch eine rechtmäßige Ursache, die gemeinschaftliche Erbschaft zu verwalten; letzter hingegen hatte gar keinen Beruf, sich in fremde Geschäfte zu mischen. Daher braucht der Miterbe nur diejenige Sorgfalt zu beobachten, welche er gewöhnlich auf seine eigene Sachen zu verwenden pflegt, ein negotiorum gestor hingegen muß *diligentiam* praestare, *qualem diligens paterfamilias*, welches nach der hier angestellten Vergleichung den höchsten Grad des Fleißes ausdrücken soll [97]). Prüfen wir nun noch mit wenigem die Gründe der gegenseitigen Meinung, so werden diese, statt jene erstere Meinung zu entkräften, vielleicht noch manche Stütze zur mehreren Begründung derselben darbieten. Man sagt nämlich,

1) der negotiorum gestor ziehe gar keinen Vortheil aus der Besorgung des fremden Geschäfts. Er sollte also nach der Analogie der L. 5. §. 2. D. commod. billig nur culpam latam leisten. Es sey also schon singulär, daß er culpam levem prästiren müsse. Allein dieser Grund widerlegt sich von selbst. Denn indem die Vertheidiger der gegenseitigen Meinung den Geschäftsführer dennoch zur Prästation einer culpae levis verpflichten, da er doch nach der L. 5. cit. nur für culpam latam haften dürfte, so geben sie ja selbst zu, daß die Analogie der angeführten L. 5. hier keine Statt finde. Es ist überdem bekannt genug, daß die

97) Man sehe NOODT Comment. ad Pandect. Lib. X. Tit 2 (*Operum* Tom. II. pag. 241.) und SCHILTER Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 68.

Gesetze nur bey denjenigen Contracten, bey welchen eine Sache den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, den Grad der zu vertretenden Nachläßigkeit nach dem Nutzen abmessen, den ein oder der andere Theil aus dem Contract ziehet, nicht aber in den Fällen, wo die Rede von der Leistung eines Factums ist; oder wo sich Jemand zu einem Geschäft erboten hat, welches an sich lästig ist, weil er für sich davon keinen Vortheil hat[98]). Man beruft sich

2) auf die L. 11. D. h. t. wo **Pomponius** schreibt: *Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes.* Das Wort culpa aber bedeute, wo es schlechtweg steht, gewöhnlich culpam levem. Allein daß hier die *culpa* mit allen ihren Graden, und darunter folglich auch die geringste Nachläßigkeit zu verstehen sey, erhellet daraus, weil sie **Pomponius** dem bloßen **Zufall** entgegensetzt. Denn gleich nachher sagt er: *Sed* PROCULUS, *interdum etiam casum praestare debere.* Nun konnte ja die Frage, inwiefern der negot. gestor auch den casum prästiren müsse, nicht entstehen, ohne voraus zu setzen, daß derselbe zur praestatio culpae levissimae der Regel nach verbunden sey[99]). Daß überdem auch in mehreren Stellen unserer Gesetze[100]) das Wort *culpa*, wenn es schlechthin gesetzt ist, das geringste Versehen bedeute, hat schon **Abraham Wieling**[1]) bemerkt. Vorzüglich stützt man sich jedoch

3) auf

98) *Frid. Gottl.* ZOLLER Diss. de eo, quod iustum est circa praestationem culpae. *Lipsiae* 1773. §. 4. et 5.

99) S. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 3035. Not. k.

100) *L. 16. D. de condict. furt. L. 8. §. 3. D. de precario.*

1) Lection. iur. civ. Lib. I. cap. 7. pag. 25.

3) auf die L. 20. Cod. de negot. gest. wo ausdrücklich gesagt wird, daß derjenige, welcher freywillig eines Andern Geschäft übernimmt, nicht nur dolum und culpam latam, sondern auch *levem* prästiren müsse. Da hier von der culpa leviſſima nichts erwähnt wird, so glaubt man, daß der negotiorum gestor auch der Regel nach zu deren Vertretung nicht verbunden sey. Es ist dieses unstreitig eins der stärksten Argumente für die gegenseitige Meinung. Man darf indessen nicht ausser Acht lassen, daß dieses Gesetz zu den Rescripten gehört, worin die röm. Kaiser einzelne ihnen vorgetragene Rechtsfälle entschieden. Da uns die näheren Umstände derselben meistentheils unbekannt sind, so müssen solche Gesetze nach der Analogie bestimmterer Rechtssätze um so mehr erklärt werden, je weniger es die Absicht der röm. Kaiser war, in ihren Rescripten neue Grundsätze aufzustellen, sondern längst bekannte der Anfrage gemäß anzuwenden [2]). Dieses nun auf unser Gesetz angewandt, so war wohl eigentlich die Anfrage der Octaviana, an welche dieses Rescript erlassen worden ist, nicht zunächst darauf gerichtet, was für eine culpam der Geschäftsführer zu prästiren habe, wie Noodt [3]) und Prousteau [4]) behaupten wollen; sondern die Frage scheint eigentlich die gewesen zu seyn: ob derjenige, welcher sich unberuffen in die Geschäfte einer unmündigen Person gemischt hat, eben so, wie ein bestellter Vormund, auch für diejenigen Geschäfte verantwortlich sey, die er nicht besorgt hat? Kann man es also einem solchen negotiorum gestor

2) PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 14 pag. 108. ECKHARDI Hermenevt. iur. Lib. I. cap. 5. §. 221.

3) Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XV. §. 22.

4) Commentar. ad Pandect. h. t. pag. 99.

gestor zur Last legen, daß er sich nur dem einem Geschäft unterzogen habe, dem andern aber nicht? Das Gesetz sagt, Nein, weil ein großer Unterschied sey zwischen einem Vormund, und einem freywilligen Geschäftsführer; indem jener aus Amtspflicht die Geschäfte seines Pflegbefohlnen besorgt, letzterer hingegen aus eigenem Willen. Bey diesem muß man also zufrieden seyn, wenn er durch das Geschäft, was er aus Freundschaft unternommen, den Nutzen des Eigenthümers nur einigermaßen befördert hat. Dahingegen versteht es sich freylich von selbst, daß ein negotiorum gestor nichts unterlassen dürfe, was zu dem unternommenen Geschäft gehört. Wenn also derjenige, welcher, ohne ein ordentlich bestellter Vormund zu seyn, für einen Unmündigen Gelder in Empfang genommen hat, so muß er auch für die Zinsen haften, wenn er gleich keine erhalten hätte. Die Einrede, daß er deshalb weder in dolo sey, noch auch ein grobes Versehen ihm zur Last falle, kann ihn gegen diese Verbindlichkeit nicht schützen, weil es zu den Pflichten eines jeden guten Wirths gehört, daß man das Geld nicht müßig liegen läßt, was man sicher ausleihen kann. Nun aber muß ein negotiorum gestor nicht blos dolum und culpam latam sondern auch levem prästiren [5]). Nach dieser Darstellung des in dem Gesetz entschiedenen Rechtsfalles war also gar keine Frage davon, ob der negotiorum gestor auch für ein ganz geringes Versehen haften müsse? es kann daher auch unserer Meinung nicht entgegen stehen. Man könnte aber noch mit Cocceji [6]) sagen, daß in dem Falle der L. 20. C. h. t. der negotiorum gestor darum nur pro culpa levi habe

5) WAECHTLER Diss. de gradibus culpae in contractibus. Cap. XI. §. 68.

6) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

habe haften dürfen, weil er die Geschäfte eines Pupillen, als Protutor, besorget hatte; denn wer als protutor die Geschäfte eines Pupillen gerirt, leistet nur, wie ein anderer Vormund, culpam levem[7]). Endlich meint man

4) noch ein vorzügliches Argument in dem §. 1. I. de obligationibus, quae quasi ex contr. zu finden, wo **Justinian** ausdrücklich sage, daß der negotiorum gestor nur dann zur exactissima diligentia verbunden sey, *si non alius, diligentior eo, commodius administraturus esset negotia.* Hierdurch werde also die Ausnahme ausser Zweifel gesetzt, daß nämlich der *negotiorum gestor* nur dann, **wenn er sich zu dem Geschäft gedrungen, und einen Andern ausgeschlossen hat**, culpam levissimam praestiren müsse. Allein ich befürchte, man habe sich hier durch des **Theophilus** griechische Paraphrase irre führen lassen. Lieset man die Stelle **Justinians** in ihrem ganzen Zusammenhange, so bestärkt sie vielmehr unsere Meinung, als daß sie derselben entgegen stehen sollte. **Justinian** sagt, der Geschäftsführer sey verbunden, von seiner Verwaltung Rechenschaft zu geben; und zwar müsse er bey Ablegung seiner Rechnung darthun, daß er den **allergrößten Fleiß** angewandt habe. Es sey noch nicht genug, wenn er zeigt, daß er soviel Fleiß angewandt habe, als er in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt. Denn das ist freylich nicht immer der höchste Grad des Fleißes, den man in seinen eigenen Sachen anwendet. Nein! erst alsdann habe der negotiorum gestor seiner Pflicht ein Genüge geleistet, wenn er das fremde Geschäft mit einer solchen Sorgfalt gerirt hat, **daß kein Anderer es mit mehrerem Fleiß besorgt haben wür-**

7) *L. 4. D. de eo, qui pro tutore.*

würde. Dieses glaube ich, ist der wahre Sinn der Worte: *Si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia*, welche also keinesweges so zu verstehen sind, als ob wirklich ein noch fleißigerer Mann dagewesen seyn müsse, dem sich der negotiorum gestor vorgedrungen hat; Nein! sondern sie geben vielmehr eine Beschreibung der diligentiae exactissimae, welche, wie Crell[8]) sehr richtig bemerkt hat, darnach beurtheilt werden soll, was ein anderer fleißigerer Mann würde geleistet haben. Eine Beschreibung, die in den Gesetzen sehr gewöhnlich ist[9]). Denn fast mit den nämlichen Worten wird auch in dem §. 2. I. quib. mod. re contrah. obligatio, und der L. 1. §. 4. D. de obligat. et action. dem Commodatar die praestatio culpae levissimae auferlegt, da doch dieser, wie die L. 18. D. commodati lehrt, nicht blos unter der Bedingung die möglichste Sorgfalt anzuwenden verbunden ist, wenn er einen andern Fleißigeren ausgeschlossen hat. Dies sey genug zur Widerlegung der entgegengesetzten Meinung, und ich bemerke nur noch, daß unsere Meinung nach Schilters[10]) und Müllers[11]) Zeugniß auch in der Praxis angenommen sey[12]). Bis-

8) Diss. Omnem culpam in negotiorum gestorum iudicio praestari. *Vitemb.* 1733. §. 5. pag. 18. Man vergleiche auch *Christ. Gottl.* EINERT Disput. de negotiorum gestoris ad culpam levissimam praestandam obligatione, praes. *Aug. Frid.* SCHOTT def. *Lipsiae* 1767. §. 5. der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. Band Medit. 98. und WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect III. cap. 6. §. 4.

9) *L. 6. §. ult. D. h. t. L. 18. D. eodem.*

10) Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 67.

11) ad *Struvium* Exerc. VII. Th. 50. not. *β.*

12) Sie ist auch dem Allgem. Preuß. Gesetzbuch 1. Th. 13. Tit. §. 245. gemäß.

Bisweilen muß jedoch der N. G. noch mehr als culpam leviſſimam, nämlich auch ſogar caſum präſtiren. Dahin gehört,

1) wenn er für den Abweſenden ein Geſchäft unternommen hat, welches mit vieler Gefahr verbunden iſt, ſo, daß der Eigenthümer ſolches nicht leicht ſelbſt gewagt haben würde. Z. E. ich kaufe mit des Titius Gelde ohne deſſelben Auftrag eine Kuxe von einer Gewerkſchaft, oder ich ſetze ſein Geld in die Lotterie. Hier gehört zwar der Gewinn dem Abweſenden, allein den Verluſt muß ich tragen [13]).

2) Wenn er das Geſchäft gegen das ausdrückliche Verbot des Eigenthümers übernommen hat, und der Unglücksfall ohne ſeine Einmiſchung nicht entſtanden ſeyn würde [14]).

3) Wenn er ſich blos um ſeines eigenen Vortheils willen in die Geſchäfte des Abweſenden gemiſcht hat [15]).

4) Wenn er die Unglücksfälle durch einen beſondern Vertrag übernommen hat. L. 22. C. h. t. ſagt: Negotium gerentes alienum, *non intervenisse ſpeciali pacto*, caſum fortuitum praeſtare non compelluntur. Man glaubt

13) *L.* 11. *D. h. t.*

14) *L.* 8. §. 3. *D. h. t.* wo es heißt: ita tamen, ut is, *qui prohibuit*, ex nulla parte *aliquid damni ſentiat*. Man ſehe auch LEYSER Meditat. ad Pandect Specim. LV. medit. 5. et 6.

15) *L.* 6. §. 3. *D. h. t.* *L.* 32. *D. cod.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 16. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3035. lit. E. Ueberhaupt giebt VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. die Regel, daß der negotiorum geſtor in allen den Fällen den caſum präſtiren müſſe, *quoties non poteſt dominum convenire actione contraria, niſi quatenus is locupletior factus eſt.*

glaubt zwar, ein solches pactum sey der Natur einer negotiorum gestionis zuwider, und hat daher, theils durch critische Verbesserung des Textes, theils durch mancherley Erklärungen die Schwierigkeit zu heben gesucht, welche in diesem Gesetz liegen soll [16]). Allein das Räthsel ist leicht aufge-

16) *Corn. van* BYNCKERSHOECK Observat. iur. Rom. Lib. I cap. 7. meint, man müsse *interveniente speciali facto* lesen; und dieser Emendation geben auch *Ger.* NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. pag. 100. und *Bern. Henr.* REINOLD in Opuscul. iurid. a *Inglero* edit. 337. Beyfall. Andere glauben, daß das Gesetz nicht sowohl von den negotiorum gestoribus allein, sondern vielmehr von allen, die ein fremdes Geschäft übernehmen, und also auch von Bevollmächtigten rede, bey welchen sich der Fall wohl denken lasse, daß sie sich per pactum adiectum verbindlich machen, für die Unglücksfälle zu stehen. So VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 5. SCHULTING in Enarrat. part. primae Dig. h. t. § 6. LEYSER Medit. ad. Pand. Specim LV. med. 1. POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Not. n. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 937. Not. 4. Allein beyde Meinungen widerlegt Carl Adolph v. Braun über die L. 22. Cod. de negot. gest. in Siebenkees neuem jurist. Magazin. 1. Band. (Anspach 1784.) Nr. VIII. S. 266 ff. Noch eine andere Erklärung hat *H. G. van* VRYHOF in Obs. iur. civ. Cap. 16. Dieser sagt, man müsse die Worte: *non interveniente speciali pacto*, nicht so verstehen, wenn kein besonderer Vertrag wegen der Uebernehmung der Unglücksfälle errichtet worden; sondern der Sinn des Gesetzes sey vielmehr dieser: Der *negotiorum gestor* hafte darum für keine Unglücksfälle, weil bey der *negotiorum gestione* kein besonderer Vertrag errichtet wird; da dieselbe ohne Wissen des Eigenthümers und ohne Auftrag geschieht. Der *negotiorum gestor* könne sich also auch nicht zur Uebernehmung der Unglücks-

gelößt, wenn man das Gesetz nur nicht von einem solchen Vertrage versteht, den der Eigenthümer selbst mit dem Geschäftsführer geschlossen hat; sondern von einem pacto speciali tertii cum gestore. Z. B. ich trage Jemandem die Besorgung eines fremden Geschäfts auf, welches die Güter des abwesenden Titius betrift, und da mir an der sorgfältigen Verwaltung dieser Güter ganz vorzüglich gelegen ist, so lasse ich mir von dem Mandatarius versprechen, daß er auch für die Unglücksfälle stehen müsse. Da dieser Bevollmächtigte in Ansehung des abwesenden Titius unstreitig ein negotiorum gestor ist, so läßt sich auf diese Art das pactum, wovon das Gesetz redet, mit der Natur der negotiorum gestionis ganz wohl vereinigen [17]).

Nun

glücksfälle verbindlich machen. Allein wenn gleich PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap 14. pag. 107. und HOFACKER Princip. iur. civ Tom. III §. 3035. not. p., pag. 367. dieser Erklärung beypflichten, so verdient sie doch darum keinen Beyfall, weil sie theils gekünstelt und höchst unnatürlich ist, theils den Worten einen Sinn beylegt, die den Satz *non interveniente speciali pacto* offenbar unnütz und überflüßig machen, theils weil ihr die *Basilica* Tom. II pag. 338. entgegen sind, welche die angeführten Worte auch als eine Bedingung oder Ausnahme von der Regel erklären. Denn da heißt es ausdrücklich: *ἐι μὴ ἰδιὸν περὶ τούτων γένηται σύμφωνον*; d. i. *si non speciale super his factum sit pactum.*

17) Man sehe vorzüglich *Corn. Ant. van* WACHENDORF Specim. iurid. exhibens observationes ad leges quasdam ex iure civ. *Trajecti ad Rhen.* 1756. Cap. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thesaur. nov. Dissertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 166. seqq.)

Nun giebt es aber auch Fälle, wo bey der negotiorum gestione nur culpa lata prästirt wird. Dahin gehört,

1) Wenn sich Jemand in einem dringenden Nothfalle, z. B. bey einer Feuersgefahr, oder bey einer bevorstehenden Subhastation, den Geschäften seines abwesenden Freundes unterzog, um ihm sein Vermögen zu retten, oder sonst einen Schaden abzuwenden, welcher ohne des gestoris Theilnehmung unvermeidlich gewesen wäre[18]). Hier braucht der Geschäftsführer nur für den Dolus, wie Labeo sagt, oder, welches demselben gleichgeachtet wird, für ein grobes Versehen zu haften, und das ist billig.

2) Auch die Erben eines verstorbenen negotiorum gestoris leisten nur dolum und culpam latam, wenn sie blos das von ihrem Erblasser bereits unternommene Geschäft zu Ende bringen[19]).

Es ist jedoch der Billigkeit gemäß, daß in allen solchen Fällen, wo bey der negotiorum gestione von Vertretung einer Nachläßigkeit oder auch eines casus fortuiti die Rede ist, der Vortheil und Gewinn, welchen der negotiorum gestor gemacht hat, von dem verursachten Schaden und erlittenen Verlust abgerechnet werde[20]).

§. 422. b.

18) *L.* 3. §. 9. *D. h. t.*

19) *L.* 17 *Cod. h. t.* Unrichtig behauptet die Glosse *ad h.* L. daß der Erbe culpam levem leisten müsse. Allein diesen Irrthum widerlegt SCHMID cit. Diss. ad h. Tit. pag. 27. Man sehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III §. 3035. lit. D. pag. 365.

20) *L.* 11. *in fin. D. h t.* Quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum: absens pensare lucrum cum damno debet.

§. 422. b.

In wiefern ist der N. G. für das, was er unterlassen hat, verantwortlich?

Zu dem möglichsten Fleiße, wozu ein N. G. der Regel nach verpflichtet ist, gehört auch, daß er bey dem übernommenen Geschäft nichts unterlasse, was mit demselben einen Zusammenhang hat[21]). Z. B. er hat die Administration eines Landguts übernommen, und einige Stücke ohne Grund ungebauet liegen gelassen, oder er hat Gelder für den Eigenthümer erhoben, und solche müßig liegen gelassen. In beyden Fällen ist der Geschäftsführer für den Schaden verantwortlich[22]). Wenn hingegen die Geschäfte, welche der N. G unterlassen hat, mit den übernommenen nicht connex sind, so haftet er dafür in der Regel nicht, außer in sofern ihm hierbey eine Culpa beygemessen werden kann[23]). Dies ist z. B. der Fall, wenn ein anderer ehrlicher und fleißiger Mann alle Geschäfte des Abwesenden besorgen wollte, dieser aber von dem gestore hieran verhindert wurde. Hier kann der Eigenthümer mit Recht die Vertretung dessen, was der Geschäftsführer unterlassen hat, von ihm fordern, wenn es auch mit dem, was er gethan, keinen unmittelbaren Zusammenhang hat[24]). Wenn hinge-

21) *L. 6. §. 12. D. h. t. L. 55. §. 3. D. de administr. et peric. tutor.* S. POTHIER Pandectae Iustinian. T. I h. t. nr. XLI. sqq. SCHMID cit. Diss. pag. 97. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 938.

22) *L. 19. §. 4. L. 31. §. 3. D. h. t.*

23) *L. 20. C. h. t.*

24) *L. 6. §. 12. D. h. t.* Videamus in persona eius, qui negotia administrat, si quaedam gessit, quaedam non; *contemplatione tamen*

gen der Geschäftsführer einige Schuldner des Abwesenden gerichtlich zu belangen unterließ, so kann ihm hierin eigentlich nichts zur Last gelegt werden, weil er aus Mangel einer Vollmacht gegen sie nicht klagen konnte[25]); wofern nicht etwa der Geschäftsführer mit dem Eigenthümer in einem solchen Verhältniß steht, daß er sich auf eine vermuthliche Vollmacht berufen konnte, und ihm auch leicht möglich war, die deshalb erforderliche cautionem de rato zu leisten[26]). Hat ein Schuldner sich den Geschäften seines Gläubigers unterzogen, so ist es Pflicht desselben, zuerst an die Bezahlung seiner eigenen Schuld zu denken, wenn nämlich deren Zahlungstermin zu der Zeit schon verstrichen ist[27]). Denn hat

tamen eius alius ad haec non accessit; et, si vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit: an dici debeat, negotiorum gestorum cum teneri et propter ea, quae non gessit? Quod puto verius.

25) *L.* 20. *C. h. t.* De caeteris vero, quae ab aliis tui constituta iuris detenta, (i. e. *quae ad te pertinebant iure, et ab aliis detinebantur.* *Conf.* POTHIER c. l. not. e.) exacta non sunt, ab hoc, qui nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum (i. e. *propter exceptionem deficientis mandati, qua fummotus fuisset N. G.*) facultatem habere potuit, exigi non potest.

26) *L.* 8. *pr. D h. t.* Si autem is fuit, qui negotia administravit, a quo mandatum non exigebatur: posse ei imputari, cur oblata *de rato* cautione, eum (scil. *debitorem eius, cuius negotia gerebat*) non convenit: si modo facile ei fuerit satisdare. Ohne Grund hält *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. diese ganze Stelle für einen Tribonianismus.

27) *L.* 6. §. 12. *D. h. t.* Certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur. Quamquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores non convenerit; quoniam conveniendi eos iudicio facultatem non habuit, qui nullam actionem

hat er dieſe ſeine eigene Schuld nicht vor allen Dingen in die Rechnung ſeines Gläubigers gebracht, und das Geld zum Nutzen deſſelben wieder ausgeliehen; ſo muß er von dem Tage an dem Gläubiger die Zinſen vergüten, welche derſelbe von einem andern Schuldner hätte erhalten können [28]). War alſo das Geld dem Schuldner vielleicht unverzinslich dargeliehen worden, ſo fängt die Schuld nun an, eine verzinsliche zu werden [29]). Ja es wird durch die negotiorum geſtionem des Schuldners die vorige Schuldklage dergeſtalt in eine actionem negotiorum geſtorum verwandelt, daß wenn etwa der Schuldner nur ex cauſa temporali verbindlich war, und die Schuldklage während der Geſchäftsführung durch Ablauf der Zeit erloſchen ſeyn ſollte, der Schuldner dennoch nun immer noch mit der actione negotiorum geſtorum belangt werden kann; und dieſe Klage findet auch ſogar gegen die Erben des Schuldners in einem ſolchen Falle Statt, wo ſonſt der Erbe aus der Hand-

nem intendere potuit; tamen a ſemetipſo cur non exegerit, ei imputabitur.

28) *L.* 38. *D. h. t.* Qui ſine uſuris pecuniam debebat, creditoris ſui negotia geſſit. Quaeſitum eſt, an negotiorum geſtorum actione ſummae illius uſuras praeſtare debeat? Dixi; ſi a ſemetipſo exigere eum oportuit, debiturum uſuras. Quodſi dies ſolvendae pecuniae tempore, quo negotia gerebat, nondum venerat; uſuras non debiturum: ſed, die praeterito, ſi non intulit rationibus creditoris, cuius negotia gerebat, eam pecuniam a ſe debitam, merito uſuras bonae fidei iudicio praeſtaturum.

29) *L.* 6. §. 12. *D. h. t.* Et ſi forte non fuerit uſurarium debitum, incipit eſſe uſurarium: ut *Divus* PIUS *Flavio Longino* reſcripſit; niſi forte, inquit, uſuras ei remiſerat.

lung seines Erblassers nicht verbindlich gewesen wäre [30]). Eine Ausnahme machen jedoch die Gesetze in dem Falle, wenn der Eigenthümer des Geschäfts gegen den Geschäftsführer, als Schuldner betrachtet, anders nicht hätte klagen können, als wenn er diesem zuvor etwas ersetzte oder zurückgab, was sich der Schuldner durch die negotiorum gestionem nicht selbst verschaffen konnte [31]). Z. B. ich habe dir ein fehlerhaftes Stück Vieh verkauft, weshalb du actione redhibitoria gegen mich klagen kannst. Nachher unterziehe ich mich bey einer gewissen Gelegenheit deinen Geschäften. In diesem Falle ist nach Verlauf von sechs Monaten die redhibitorische Klage erloschen, wenn ich durch die Geschäftsführung nicht im Stande war, mir selbst das verkaufte Stück Vieh wieder zu verschaffen, welches mir der Käufer erst zurückgeben mußte, wenn die redhibitorische Klage wider mich hätte Statt finden sollen. Daher geht diese Klage nicht in die actionem negotiorum gestorum über.

Hat

30) *L.* 8. *pr. D. h. t.* Et ideo si ex causa fuit obligatus, quae certo tempore finiebatur, et tempore liberatus est: nihilominus negotiorum gestorum actione erit obligatus. Idem erit dicendum et in ea causa, ex qua heres non tenetur, ut MARCELLUS scribit. Man vergleiche auch *L.* 13. *D. de tut. et ration. distrah.*

31) *L.* 35. §. 2. *D. h. t.* Sed nec redhibitoriae speciem venire in negotiorum gestorum actionem, et per hoc sex mensibus exactis perire, si vel mancipium in rebus non invenit; vel eo invento, quod accessionum nomine additum est, vel quod deterior homo factus esset, vel quod per eum esset acquisitum, (non ex re emtoris) nec invenit, nec recepisset; nec esset in ipsis emtoris negotiis, quae gerebat, unde sibi in praesenti redderet.

Hat im Gegentheil der Gläubiger die Geschäfte seines Schuldners übernommen, und aus dem Verkauf gewisser Sachen desselben Geld gelößt; so ist er ebenfalls dafür verantwortlich, wenn er solches nicht zum Vortheil des Schuldners durch Tilgung seiner Schulden verwendet hat. Paulus [32]) hat hiervon folgenden Rechtsfall. Ein Schuldner war seinem Gläubiger 50000 Sesterzien schuldig Er starb, und der Gläubiger übernahm, in Ermangelung eines gegenwärtigen Erben, die Verwaltung seines Nachlasses. Er machte dabey 10000 Sesterzien Vorschuß, und nahm hierauf 100000 für verkaufte Erbschaftsgüter ein. Diese Gelder hob er zwar sorgfältig auf, sie giengen aber doch durch einen Unglücksfall verlohren. Es fragte sich, ob der nachher bekannt gewordene Erbe dem Gläubiger den Vorschuß und die Schuld zu bezahlen verbunden sey? Paulus sagt, es komme nach Julians Meinung auf den Umstand an, ob der Gläubiger hinlängliche Ursachen gehabt habe, die eingenommenen 100000 Sesterzien in den Kasten zu legen, oder ob er nicht vielmehr selbige zur Tilgung seiner eigenen und anderer Schuldforderungen hätte verwenden können? In dem ersten Falle sey er ausser Schuld, und beydes, der Verlust und die Schuld müsse ihm bezahlet werden. Z. E. er ließ das Geld wegen einer besorglichen Confiskation der verkauften Güter liegen. In dem letztern Falle hingegen komme ihm lediglich der Vorschuß zu gut, er müsse also von den verlohrnen Ein Hundert noch Neunzig erstatten. Warum hier der Gläubiger nicht auch seine Schuldforderungen abrechnen dürfe, ist unbegreiflich. Er konnte sich ja doch von den eingenommenen Geldern bezahlt machen, und hätte also auf jeden Fall nur 40000 an die übrigen Gläubiger

32) *L. 13. D. h. t.*

bezahlen dürfen. Strafe genug für sein Versehen, wenn er dieſe dem Erben erſtatten muß.

§. 423. a.

Uebrige Verbindlichkeiten des Geſchäftsführers.

Eine andere Hauptverbindlichkeit des Geſchäftsführers, die ſich aus dem vorigen ergiebt, beſteht

2) darin, daß er das unternommene Geſchäft nicht liegen laſſe, ſondern ganz zu Ende bringe[33]). Hat er alſo z. B. die Vertheidigung ſeines abweſenden Freundes übernommen, und er hat gegen die gravirliche Sentenz nicht appellirt, da er doch konnte, ſo verliert er ſeinen Regreß. Denn er leidet den Schaden durch ſeine eigene Schuld[34]). Ja wenn auch der Eigenthümer ſtirbt, ſo darf doch der Geſchäftsführer dasjenige, was er einmal angefangen hat, nicht liegen laſſen, ſondern er muß zum Beſten der Erben fortfahren, oder er iſt ſonſt zum Schadenserſatz verbunden[35]). Der N. G. iſt ferner

3) ſchuldig, nach geendigtem Geſchäft Rechnung abzulegen, Einnahme und Ausgabe richtig zu ſpecificiren, jeden Poſten gehörig zu beſcheinigen, und den Ueberſchuß, welcher nach Abzug der Unkoſten und Ausgaben übrig bleibt, mittelſt eines Inventariums oder einer eidlichen Specification an den Herrn des Geſchäfts und zwar mit Zinſen, herauszuzahlen[36]). Hätte der Geſchäftsführer für den Eigenthümer auch etwas zur Un-

33) *L.* 17. §. 3. *D. commodati.*

34) *L.* 31. §. 2. *D. h. t.*

35) *L.* 21. §. 2 *D h. t.*

36) § 1 *I. de obl. quae quaſi ex contr. L.* 2. *D. h. t. L.* 31. § 3. *D. eodem.* HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 3035.

Ungebühr erhoben; z. B. er unternahm für ihn die Vindication eines Grundstücks, durch Obreption, und erhielt an Früchten weit mehr, als eigentlich den Rechten nach hätten gefordert werden können; so muß dennoch auch ein solches indebite acceptum an den Eigenthümer abgeliefert werden [37]; ob er gleich wegen dessen, was er selbst aus Irrthum und ohne Verbindlichkeit für den Eigenthümer bezahlt hat, von diesem keinen Ersatz verlangen kann [38]). Endlich ist noch

4) zu bemerken, daß wenn der Geschäftsführer für den Eigenthümer Gelder erhoben, und solche in seinen Nutzen eigenmächtig verwendet hat, er selbige mit den höchsten Zinsen zu zwölf Pro-Cent (usurae maximae, s. centesimae) ersetzen muß [39]); und diese Strafe findet nach dem Zeugniß der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten [40]) auch noch h. z. T. Statt. Hat er hingegen Gelder unsicher verborgt,

37) *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* Si fundum tuum per obreptionem petiero, negotium tuum gerens, et ampliores, quam oportuit, fructus fuero consecutus, debebo hoc ipsum tibi praestare, licet petere non potuerim. *Per obreptionem* heißt hier, wenn ich mich als deinen Anwald gerirte, ohne eine Vollmacht zur Klage von dir zu haben, und in dieser Qualität auch zugelassen worden bin. S. FABER Rational. ad h. L. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XXXIX. not. b.

38) *L.* 23. *D. h t.* Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit, restituere cogitur. De eo autem, quod indebitum solvit, magis est, ut sibi imputare debeat.

39) *L.* 38. *D. h. t.* S. *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib II, cap. 5. (*Oper.* Tom. I. pag. 213.)

40) S. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 38. cit. und *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 9.

so haftet er nur für das Kapital nebst den gewöhnlichen Zinsen[41]).

§. 423. b.

II) Verbindlichkeiten des Eigenthümers.

Soviel nun II) die Verbindlichkeiten auf Seiten des Geschäftsherrn anbetrift, so bestehen sie darin, den negotiorum gestorem schadlos zu halten, ihm alle verwendete Unkosten und Auslagen, in sofern sie nothwendig oder nützlich sind[42]), und zwar mit Zinsen[43]), zu ersetzen, wenn gleich der Eigenthümer nicht in mora ist[44]), auch den Geschäftsführer von den um seinetwillen übernommenen Schulden und Verbindlichkeiten zu befreyen[45]). Allein eine Belohnung für seine Mühe kann der N. G. nicht verlangen[46]).

§. 424. u. 425.

Klagen aus der negotiorum gestione.

Diese wechselseitigen Verbindlichkeiten, welche aus der negotiorum gestione entspringen, bewirken eine doppelte Klage, von welchen die eine *actio negotiorum gestorum directa*,

41) *L. 37. §. 1. D. h. t.* Ein anders wäre, wenn der Schuldner zu der Zeit, da ihm das Geld geliehen wurde, ein vermögender Mann war, dem jeder creditirt haben würde, und blos durch Unglücksfälle arm geworden.

42) *L. 2. D. h. t. L. 45. eod. L. 10. C. h. t.*

43) *L. 19. §. 4. D. h. t. L. 37. D. de Usur.*

44) *L. 18. Cod. h. t.*

45) *L. 2. L 28. in fin. D. h. t.* S. SCHMID Diss. ad h. Tit. pag. 11.

46) Höpfners Commentar über die Institutionen §. 938.

cta, die andere *actio negotiorum gestorum contraria* genennt wird[47]). Die erstere, oder die Hauptklage aus der Geschäftsführung, stellt der Herr des Geschäfts gegen den Geschäftsführer an, und gehet dahin, daß er von dem übernommenen Geschäft richtige Rechnung ablege, dasjenige, was er für den Kläger in Empfang genommen, nebst den erhobenen, oder zu erheben gewesenen Zinsen, herausgebe, den mit Vorsatz oder aus Nachläßigkeit verursachten Schaden ersetze, und wenn der Beklagte etwa das unternommene Geschäft liegen gelassen hätte, daß er solches noch pflichtmäßig beendige, oder das Interesse leiste. Die actio negotiorum gestorum contraria hingegen steht dem Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn zu, und geht auf eine dem Kläger zu leistende Schadloshaltung, wenn er von der Geschäftsführung Kosten gehabt, oder sonst Verbindlichkeiten bey dieser Gelegenheit für den Beklagten hat übernehmen müssen. Es kann jedoch der Geschäftsführer auch ein Retentionsrecht ausüben, wenn er die Sache, in Ansehung welcher er das Geschäft geführt hat, noch besitzt[48]), oder er kann sich einer Compensation bedienen, es wäre denn, daß der Richter auf diese Einrede darum keine Rücksicht genommen hätte, weil es an den rechtlichen Erfordernissen der Compensation fehlte. In diesem Falle muß nun der Geschäftsführer freylich zur actio negotiorum gestorum contraria seine Zuflucht nehmen[49]), es muß nur nicht etwa

47) S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 4. Band S. 323. folgg.

48) *L. 1. pr. D. Quib. mod. pignus vel hypoth. solvit. L. 18. §. ult. D. commodati.* Schmidt im angef. Commentar §. 1075.

49) *L. 8. §. 2. D. h. t.*

etwa die Einrede der Compenſation als ungegründet rechtskräftig verworfen worden ſeyn. Hier würde die Gegenklage darum wegfallen, weil der negotiorum geſtor die rechtskräftige Entſcheidung wider ſich hat[50]); welches aber freylich vorausſetzt, daß aus dem Urteile und dem bisherigen Verfahren der Partheyen deutlich erhelle, daß ſelbſt über den Grund und die Rechtmäßigkeit der Gegenforderung des negotiorum geſtoris an ſich, nach genauer Unterſuchung der Sache, erkannt worden ſey[51]). Uebrigens gehen zwar beyde Klagen auf die Erben; allein gegen den dritten Beſitzer der Sache, in Anſehung deren das nützliche Geſchäft geführet worden iſt, findet die actio contraria nicht Statt. Z. B. der Eigenthümer hat das Haus verkauft, welches ich in ſeiner Abweſenheit repariren ließ. Hier kann ich nicht gegen den Käufer, als dermaligen Beſitzer des Hauſes, actionem negotiorum geſtorum contrariam anſtellen, und den Erſatz der aufgewandten Reparaturkoſten verlangen. Denn dieſe Klage iſt eine bloße Perſonalklage[52]). Es könnte jedoch vielleicht wider den dritten Beſitzer die actio in factum angeſtellet werden, wenn er ſich mit des Geſchäftsführers Schaden bereichert finden ſollte. Z. B. er hätte

50) *L.* 7. §. 1. *D. de compenſat.*

51) *L.* 8. § 2. *D. h. t.* Si quocunque modo ratio compenſationis habita non eſt a iudice, poteſt contrario iudicio agi Quodſi poſt examinationem reprobatae fuerint penſationes, verius eſt, quaſi re iudicata, amplius agi contrario iudicio non poſſe: quia exceptio rei iudicatae opponenda eſt. S. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. (Schwerin und Wismar 1795. 8.) Nr. 6. S. 66.

52) *L.* 23. *Cod. h. t.*

hätte das von mir reparirte Haus von dem Eigenthümer als ein Vermächtniß, oder zum Geschenk erhalten [53]):

§. 426.

Grund der actionis N. G. contrariae.

Uebrigens setzt nun die actio negotiorum gestorum contraria immer voraus, daß das Geschäft zum Nutzen des Principals verrichtet worden sey. Ist dieses, so schadet 1) ein Irrthum in der Person desjenigen, dessen Geschäfte der Kläger besorgt hat, nichts, wie bereits oben (S. 350.) bemerkt worden ist. Es schadet auch 2) nichts, wenn der Eigenthümer durch Zufall von der Besorgung keinen Nutzen haben sollte [54]); z. B. ich ließ den Titius in seiner Abwesenheit sein beschädigtes Haus ausbessern, oder sein krank gewordenes Pferd curiren, das Haus ist aber nachher durch einen unvermutheten Zufall abgebrannt, oder das curirte Pferd verunglückt. Hier kann ich dennoch meine Auslagen ersetzt verlangen. Der eingetretene Unglücksfall hebt diese Verbindlichkeit des Eigenthümers nicht auf: nam casum sentit dominus. Es ist genug, wenn das Geschäft von Anfang für den Principal nützlich gewesen ist [55]). Es finden jedoch Ausnahmen Statt. Dahin gehört,

a) wenn sich der Kläger blos aus Gewinnsucht, und um seines eigenen Vortheils willen, nicht aber in der Absicht, den Nutzen des Eigenthümers zu befördern, in dessen Geschäfte eingemischt hat. In diesem Falle kann der N. G. nur

53) Schmidts Commentar 4. Band. §. 1077. S. 334.

54) *L. 10. §. 1. L. 22. D. h. t.*

55) *L. 12. §. D. eodem.*

nur in soweit einen Ersatz verlangen, als der Eigenthümer wirklichen Vortheil von seiner Einmischung hat.

b) Wenn die Geschäfte eines Pupillen sind besorgt worden. Dieser haftet auch nicht weiter, als in sofern er sich zur Zeit der angestellten Klage von dem für ihn geführten Geschäft annoch reicher befindet[56]). Man sieht hier auf den Anfang der Geschäftsführung, wenn also der Eigenthümer nur zu der Zeit, als man sich seinen Geschäften unterzog, noch unmündig war, so schadet es nichts, wenn er auch nachher, während der Verwaltung seiner Geschäfte, die Mündigkeit erreicht hätte[57]). Wäre jedoch der negotiorum gestor dem Pupillen ebenfalls schuldig, so kann er sich gegen die Klage desselben mit der Einrede der Compensation schützen[58]).

c) Wenn der negotiorum gestor den Unglücksfall durch seine Fahrläßigkeit verursacht hat, wodurch der beförderte Nutzen wieder verlohren gegangen ist[59]).

Dahingegen fällt nun die Klage ganz weg, 1) wenn die Geschäftsführung gleich Anfangs für den Eigenthümer ohne Nutzen war; wenn auch gleich der negotiorum gestor wirklich geglaubt hätte, des Eigenthümers Nutzen zu befördern[60]). Z. B. Titius hat ein baufälliges Haus dere-

56) *L.* 37. *D. h. t. L.* 2. *Cod. eodem. L.* 47. §. 1. *D. de Solution.*

57) *L.* 15. *D. h. t.*

58) *L.* 3. §. 4. *D. h. t.*

59) *L.* 22. *D. h. t.*

60) *L.* 10. §. 1. *in fine D. h. t.*

derelinquirt, weil es der Reparaturkoſten nicht werth war. Ich habe dieſes Haus mit vielen Koſten wieder in Stand ſetzen laſſen. Hier kann ich keinen Erſatz der verwandten Unkoſten von dem Eigenthümer verlangen. Non enim utiliter negotia gerit, qui rem non neceſſariam, vel quae oneratura eſt patremfamilias, adgreditur, ſagt Celſus[61]). Eben dieſes findet Statt, wenn die für den Abweſenden unternommene Reparatur gar nichts taugt. Sind mehr Koſten aufgewendet worden, als nöthig war, ſo kann der negot. geſtor nur diejenigen Koſten erſetzt verlangen, mit welchen das übernommene Geſchäft füglich hätte beſtritten werden können[62]). In allen dieſen Fällen findet jedoch eine Ausnahme Statt, wenn der Eigenthümer das Verfahren des Geſchäftsführers dennoch genehmiget, wenn gleich das Geſchäft für ihn wenig oder keinen Nutzen hat[63]). Es

61) *Cit. §. 1. L. 10. D. h. t.*

62) *L. 25. L. 31. §. 4. D. h. t.*

63) *L. 9. D. h. t.* POMPONIUS ſcribit, ſi negotium a re, quamvis male geſtum, probavero: negotiorum tamen geſtorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum geſtorum pendeat: nam quomodo, cum ſemel coeperit, nuda voluntate tolletur? Sed ſuperius ita verum ſe putare, ſi dolus malus a te abſit. SCAEVOLA: immo puto, etſi comprobem, adhuc negotiorum geſtorum actionem eſſe: ſed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non poſſim ſemel probatum. Et quemadmodum, quod utiliter geſtum eſt, neceſſe eſt apud iudicem pro rato haberi; ita omne, quod ab ipſo probatum eſt. Caeterum ſi, ubi probavi, non eſt negotiorum geſtio, quid fiet, ſi a debitore meo exegerit, et probaverim? quemadmodum recipiam? Item ſi vendiderit? ipſe denique, ſi quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non eſt. Erit igitur et poſt ratihabitionem negotiorum geſtorum actio. Ueber die

Es wird jedoch durch eine solche Genehmigung das Geschäft keinesweges in ein mandatum verwandelt. Denn man sieht bey jedem Geschäft auf den Anfang desselben[64]). Es findet daher, der geschehenen Ratihabition ungeachtet, dennoch auf beyden Seiten die actio negotiorum gestorum Statt, und die Genehmigung des Geschäftsherrn hat nur die Wirkung, daß wegen der schlechten Geschäftsführung nicht weiter geklagt werden kann. Denn was ich einmal gebilliget habe, kann ich nachher nicht mehr mißbilligen. Dieses war unstreitig die Meinung des **Pomponius**, wenn dieser in dem angeführten Gesetz behauptete, daß nach geschehener Genehmigung der negotiorum gestor nicht weiter belangt werden könnte, nämlich wegen der schlechten Geschäftsführung, wie ihn **Scävola** ganz richtig versteht. Deswegen kann aber doch der Eigenthümer auf Ablegung der Rechnung und Herausgabe dessen, was der N. G. noch in Händen hat, eben so gut, als der Geschäftsführer auf Erstattung seiner Auslagen und Unkosten klagen, wie **Scävola** zur näheren Erläuterung und Berichtigung der Meinung des **Pomponius** noch bemerkt[65]).

3) Wenn

die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle vergleiche man SCHMID Diss. ad h. Tit. pag. 112. sqq.

64) *L.* 8. *pr. D. mandati. L.* 20. §. 1. *D. eodem. L.* 20. *Cod. fam. ercisc.*

65) *Io.* ALTAMIRANUS in Commentar. ad Lib. I. Quaestion. Scaevolae Tract. I. ad L. 9. h. t. (Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 378.) versteht zwar die L. 9. cit. anders. Er glaubt, **Scävola** führe den **Pomponius** nicht in der Absicht an, um dessen Meinung näher zu erläutern und zu berichtigen, sondern um sich gegen den **Pomponius** zu rechtfertigen, der ihm

2) Wenn man ein fremdes Geschäft blos aus Liebe und Freygebigkeit (ex pietate et animo donandi) besorgt hat, ohne die Absicht gehabt zu haben, den Andern zu einigem Ersatz verbindlich zu machen. Hier findet die actio negotiorum gestorum contraria nicht Statt, wenn man auch noch soviel aufgewendet hätte. Im Zweifel kann jedoch animus donandi nicht vermuthet werden, sondern es ist hier auf das Verhältniß der Partheyen gegen einander und auf die besondern Umstände zu sehen. Paulus[66]) erzählt hiervon folgenden Rechtsfall. Eine Großmutter hatte die Geschäfte ihres Enkels besorgt, und unter andern auch Alimentgelder für selbigen bezahlt. Nach beyder Tode belangten die Erben des Enkels die Erben der Großmutter mit der actione negotiorum gestorum. Letztere brachten die von ihrer Erblasserin aufgewandten Alimentgelder in Gegenrechnung, und verlangten deren Vergütung. Die Kläger replicirten, diese Vergütung könne nicht gefordert werden; die Großmutter habe aus Liebe ihren Enkel umsonst ernährt, denn sie hätte nicht gehörigen Orts auf Bestimmung der Verpflegungsgelder angetragen. Die Beklagten erwiederten hierauf, es müsse erst erwiesen werden, daß dieses die Meinung der Großmutter gewesen sey, weil sie die übrigen Geschäfte des Enkels für dessen Rechnung besorgt habe. Paulus entscheidet die-

ihm in seinen Schriften die Meinung aufgebürdet habe, als ob nach erfolgter Ratihabition des Eigenthümers die actio negotiorum gestorum schlechthin wegfalle. Allein der ganze Zusammenhang der angeführten Stelle widerspricht dieser Erklärung, wie *Io. Lud.* CONRADI in Comment. de sententia cap. VIII. Tit. Dig. de neg. gestis adversus *Io.* ALTAMIRANUM *Lipsiae* 1757. 4. sehr gründlich gezeigt hat.

66) *L. 34. D. h. t.*

diesen Fall folgendermaßen. Es komme alles auf die besondern Umstände in facto an. Diese müßten den Ausschlag geben, was die Meinung der Großmutter gewesen sey. Denn die Großmutter sey nicht schlechterdings verbunden, ihren Enkel ohne Vergütung zu unterhalten, besonders wenn dessen Vater noch gelebt, oder der Enkel eigenes Vermögen hätte. Können daher die Erben der Großmutter erweisen, daß ihre Erblasserin sich die Vergütung der Alimente ausdrücklich ausbedungen, oder über diese Ausgabe förmliche Rechnung geführt habe, so sind sie mit dieser Forderung nicht abzuweisen.

Man sieht aus dieser Entscheidung, daß, wenn leibliche Eltern für ihre Kinder etwas aufgewendet haben, so lange vermuthet werden müsse, daß solches aus Liebe und Zuneigung geschehen sey, ohne deswegen eine Vergütung zu fordern, bis das Gegentheil erwiesen ist. Eben dieses ist auch in andern Gesetzen deutlich verordnet [67]). Haben hingegen Stiefeltern für ihre Stiefkinder Auslagen gehabt, so ist im Zweifel eher zu vermuthen, daß sie solche animo repetendi, als animo donandi verwendet haben. Es liegt daher den Stiefkindern billig der Beweiß ob, wenn sie das letztere behaupten, dahingegen leibliche Kinder mit diesem Beweiß zu verschonen sind [68]). Endlich

3) findet die actio N. G. contraria auch dann nicht Statt, wenn der Kläger den Aufwand aus eigener Schuldigkeit gemacht hat. Z. B. der Ehemann hat auf

67) *L. 44. D. h. t. L. 11. Cod. h. t.*

68) *L. 11. et L. 15. Cod. h. t. de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 10. und WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. membr. 2 §. 8.

auf die Cur seiner kranken Frau viel Kosten verwandt. Eine Vergütung dieser Kosten kann nicht gefordert werden, weil der Ehemann sie aus Schuldigkeit verwendet hat, denn sie gehören ad onera matrimonii [96]).

In den beyden letztern Fällen findet darum die actio neg. gestorum nicht Statt, weil der Kläger die Absicht, den Beklagten zu verbinden, nicht hatte, oder den Rechten nach nicht haben konnte.

69) *L.* 13. *Cod. h. t.* Schmidts Commentar über s. Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen. 4. Band. §. 1279.

Lib. III. Tit. VI.

De calumniatoribus.

§. 427. u. 428.

Verschiedene Bedeutung des Worts *Calumnia* und *Calumniator*.

Das Wort *Calumnia* bedeutet im rechtlichen Verstande überhaupt eine dolose Handlung, wodurch man den Andern unter dem Schein des Rechts beleidiget; was man überhaupt Chicane nennt[70]). Sie begreift daher auch die Concußion unter sich, wenn man unter dem Schein des Rechts etwas von dem Andern widerrechtlich erpreßt[71]). Z. B. ein Zollbeamter giebt fälschlich vor, daß Zoll gegeben werden müsse, und hält die Waaren so lange zurück, bis ihm der Zoll, der ihm gar nicht gebührte, entrichtet worden ist[72]). Insonderheit aber verstanden die Römer unter *calumnia*, oder Chicane in bürgerlichen Processen, eine grundlose gerichtliche Klage, die man wider bessere Ueberzeugung anstellte, oder grundlose Einwendungen, die man blos aus Bosheit vorschützte, und durch welche man das Recht

70) *L.* 233. *D. de Verb. Signif.* Man sehe *Conſtant. Iac. van* RENESSE Diſſ de coercitione accuſatorum. Cap. II. §. 1. *Traj. ad Rhen.* 1724. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. Diſſert. Belgicar. novo* Vol. I. Tom. II. pag. 586. ſqq.) Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 1116.

71) S. *Henr.* BRENCMANNI libr. ſing. de Lege Remnia et de fatis calumniatorum ſub Imperatorib. cap. 20. (in *Theſ. iur. Rom. Ottonian.* T. III. p. 1628.)

72) *L.* 7. §. *fin. D. h. t.* POTHIER Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. III. not. f.

Recht des Klägers zu vereiteln suchte[73]). Man vermische damit nicht *temeritatem litigandi*, denn diese ist von grösserem Umfange. Nicht nur derjenige macht sich einer *temeritatis* schuldig, welcher gegen seine Ueberzeugung vor Gericht klagt, oder sich vertheidiget, sondern auch derjenige, welcher ohne einen ausreichenden Grund, gleichsam aufs Gerathewol, einen Proceß anfängt. Sie faßt also nicht immer dolum oder calumniam in sich, sodann kann auch unverzeihliche Fahrläßigkeit zum Grunde haben[74]). Im bürgerlichen Proceß hieß also derjenige *calumniator*, der seinen Mitbürger gegen bessere Ueberzeugung in einen grundlosen Proceß verwickelte, oder als Beklagter chicanirte. Im peinlichen Proceß nannte man hingegen *calumniatores* diejenigen, welche wider unschuldige Personen aus Bosheit falsche Anklagen anstellen[75]). Allein hier ist von einer besondern Gattung der *calumniae* die Rede, welche darin besteht, wenn sich Jemand durch Geld oder Geldeswerth gewinnen läßt, um einem Andern entweder einen chicanösen Proceß anzuhängen, oder davon abzustehen. Diejenigen, welche sich einer solchen calumniae schuldig machen, werden hier *Calumniatores* genennt. Ob sie wirklich Geld empfangen haben,

73) PAULUS *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. 5. §. 1. sagt: CALUMNIOSUS est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat. Add. *L. 6. Cod. de adminiſtr. tutor. Cap. 5. X. de dolo et contum.* NOODT in Commentar. ad h. Tit pag. 101.

74) Die Richtigkeit dieser Begriffe hat aus vielen Stellen der Classiker sehr gründlich dargethan Jac. Fried. Georg Emmerich über die Proceßkosten, deren Erstattung, und Compensation. I. Th. §. 8. und 9.

75) Vid. *Tit. Cod. de calumniatoribus* (IX. 46.)

oder ob ihnen eine Sache für einen geringen Preiß verkauft, oder verpachtet, oder eine Schuld erlassen, oder sonst etwas gegeben worden, um entweder mit Jemand einen grundlosen Proceß anzufangen, oder aus einem solchen Proceß, den sie anstellen wollten, zu unterlassen, ist einerley[76]).

§. 429.

Verschiedene Klagen, die wegen einer calumniae Statt finden.

Gegen eine solche Calumnie haben nun verschiedene Rechtsmittel Statt. Man unterscheide folgende Fälle.

1) A. giebt dem B. Geld, um mir einen muthwilligen Proceß zu erregen. Hier kann ich gegen den A. die Injurienklage, gegen den B. aber actionem in factum de calumniatoribus anstellen, vermöge welcher man binnen einem Jahre auf das Vierfache desjenigen, was der Calumniator empfangen hat, nach Verlauf eines Jahres aber nur auf das Einfache des empfangenen Geldes klagen kann[77]).

2) A. hat dem B. Geld gegeben, daß er mich mit einem ungerechten Proceß verschonen möchte, den er wider mich anstellen wollte. Hat A. dieses in meinem Namen gethan, als mein Procurator, oder als negotiorum gestor, und ich habe es auch genehmiget, so ist es so gut, als ob ich das Geld selbst gegeben hätte. Hat aber A. dem B. das Geld ohne meinen Auftrag gegeben, und ich habe es auch nachher nicht ratihabirt, so kann nicht nur A. das Gegebene mit der condictione ob turpem causam zurückfordern, sondern auch ich kann gegen den B. mit der actione de calum-

76) *L.* 1. §. 4. *L.* 2. *L.* 3. *pr. et* §. 2. *D. h. t.*

77) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

calumniatoribus auf das Vierfache klagen[78]). Diese Klage ist hier eine actio mere poenalis, weil der Kläger das quadruplum bloß zu seinem Gewinn vom Beklagten als Strafe erhält. Ausserdem ist die actio de calumniatoribus eine actio rei et poenae persecutoria[79]).

3) A. drohet mir mit einer ungerechten Klage, ich gebe ihm Geld, daß er mich nicht chicaniren möchte. Hier habe ich die Wahl, ob ich will mit der condictione ob turpem causam das Gegebene zurückfordern, oder mit der actione in factum de calumniatoribus auf das quadruplum klagen[80]). Habe ich mit der letztern Klage das Vierfache erhalten, so fällt die condictio ob turpem causam weg. Habe ich aber diese Condiction zuerst angestellt, so kann ich nachher noch mit der actione in factum de calumniatoribus auf das triplum klagen[81]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die actio de calumniatoribus nicht auf die Erben geht. Sie steht also

1) den Erben des Klägers nicht zu, weil sie, gleich der Injurienklage, als eine actio vindictam spirans angesehen wird, welche man für erlassen hält, wenn sie der Be-

78) *L. 7. pr. D. h. t.*

79) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4053. in fin. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. 5. Band §. 1283.

80) *L. 5. §. 1. D. h. t.*

81) Man sehe POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. X. not. p. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Q. 2. Anderer Meinung ist jedoch *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 2. in fin.

leidigte bey seinem Leben nicht angestellt hat[82]). Ist dies aber geschehen, und die Einlassung auf die Klage erfolgt, so kann sie der Erbe fortsetzen. Wenn indessen der Verstorbene Geld gegeben hat, damit er durch keinen muthwilligen Proceß beunruhiget würde, so kann sein Erbe das Gegebene wenigstens mit der condictione ob turpem causam zurückfordern[83]).

2) Gegen die Erben des Beklagten hingegen findet sie nur in sofern Statt, als dieselben durch das Gegebene sich bereichert haben, und also davon etwas auf sie gekommen ist. Nam turpia lucra etiam heredibus sunt extorquenda[84]).

§. 430.

Heutiger Gebrauch der actionis in factum de calumniatoribus.

Ueber den heutigen Gebrauch der actionis de calumniatoribus sind die practischen Rechtsgelehrten nicht einig. Unser Verfasser läugnet denselben mit mehreren Rechtsgelehrten[85]) gänzlich, weil sie eine Pönalklage ist, das Strafrecht

82) NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 103. Schmidt im angeführten Commentar §. 1281.

83) *L. 4. D. h. t.*

84) *L. 5 pr. D. h. t.*

85) STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit VII. Th. 60. LAUTERBACH Colleg. theor pract. Pandect. h. t. §. 12. THOMASIUS in Diss. de usu actionum poenalium iur. Rom. in foris Germ. Cap. III. §. 13. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. *Mich. God.* WERNHER lectiss. commentat. ad Pandect. h. t. §. 3. und MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 182.

recht aber heutiges Tages der Obrigkeit, und nicht mehr Privatpersonen zusteht. Wenigstens könnte heutiges Tages nicht mehr auf das quadruplum geklagt werden, sondern nur auf das Interesse, und der Calumniant wäre von dem Richter willkührlich für seine Chicane zu bestrafen. Allein so ausgemacht ist dieses noch nicht, daß sich hier ein gewisser Gerichtsgebrauch behaupten ließe, indem viele der Praxis vollkommen kundige Rechtsgelehrte[86]) das Gegentheil behaupten, deren Meinung sich auch darum vollkommen rechtfertigen läßt, weil es auf Seiten des Calumniirten oft schwer hält, das Interesse zu beweisen, und überdem die Klage auch den Nutzen gewährt, daß dadurch muthwillige Processe verhütet werden.

86) *Io.* BRUNNEMANN ad L. fin. D. h. t. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. X. thes. 74. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. XI. Th 15. not. 6. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 2. LEYSER Meditat ad Pandect. Specim. LVI. med. 1. et 2. Man sehe auch Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 5. Th. §. 1284. und EMMINGHAUS ad *Coccejum.* h. t. Q. 1. not. v.

Lib. IV. Tit. I.

De in integrum reſtitutionibus.

§. 431.

Begriff der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand.

Die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, reſtitutio in integrum[87]), in ſofern man darunter überhaupt ein auſſerordentliches Rechtsmittel verſteht, wodurch eine Perſon ihre vorigen Rechte wieder bekommt[88]), kann ſowohl in peinlichen als bürgerlichen Sachen ertheilet werden. Die Reſtitution in peinlichen Sachen geſchieht entweder aus bloßer Gnade oder aus Gerechtigkeit. Wenn

87) Die vorzüglichſten Schriften über dieſe Materie ſind: *Sfortia* ODDUS de reſtitutione in integrum. *Venet.* 1584. fol. (Tom. II. *Tractatuum de in integrum reſtitutionibus. Frfti* 1586. fol.) *Dompierre de* IONQUIERES Specimen de reſtitutionibus in integrum ſive Commentarius ad Titulos Pandectarum, qui ad illam materiam pertinent, VII. priores libri IV. et VIum libri XXVII. *Lugd. Batavor.* 1767. 8. *Chriſt. Gottl.* BIENER Hiſtoria iur. civ. de reſtitutionibus in integrum. *Lipſiae* 1779. 4. und *Io. Lud* SCHMID ſive *Iuſt. Val. Io.* PHILIPPI Diſſ. de reſtitutione in integrum, num ſit beneficium reale an perſonale? *Ienae* 1777. 4.

88) Das Wort *reſtitutio* wird in den Geſetzen auch von Sachen gebraucht, welche auf Befehl der Obrigkeit wieder in den vorigen Stand geſetzt werden müſſe. *L.* 2. §. 43. *D. ne quid in loco publ. L.* 10 §. 1 *D. quib. mod. uſusfr. vel. uſ. amitt.* Allein dieſe Bedeutung gehört nicht hierher.

Wenn nämlich Jemand eines angeschuldigten Verbrechens wegen verurtheilet worden, dem nach schon vollzogener Strafe die Folgen derselben z. B. die Infamie erlassen, und die verlohrnen Ehrenstellen und Güter wiederhergestellet werden, denn dies ist die Restitution in peinlichen Sachen, wie Kr. Antonin[89]) sie selbst erklärt; so geschieht solches entweder darum, weil der Verurtheilte seine Unschuld bewiesen, oder weil ihn der Landesherr begnadiget hat. In dem erstern Falle wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *restitutio ex capite iustitiae*, in dem letztern aber *restitutio ex capite gratiae* genennt. Von dieser ist im Criminalrecht zu handeln. Hier reden wir von derjenigen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche in einer Civilsache ertheilt wird. Diese kann in einer zweyfachen Rücksicht betrachtet werden, nämlich als eine Rechtswohlthat, um die man bitten muß, und dann als eine Handlung des Richters, welcher die gebetene Restitution ertheilt. In jener erstern Rücksicht versteht man unter der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eine subsidiarische Rechtswohlthat, welche zum Besten derjenigen ist eingeführt worden, die durch die Strenge des Civilrechts einen unbilligen Verlust an ihrem Vermögen oder an ihren Rechten erlitten haben, und vermöge welcher sie bey der Obrigkeit bitten können, daß wegen einer vorhandenen rechtmäsigen Ursach der Billigkeit entweder das nachtheilige Geschäft

89) *L. 1. Cod. de sentent. passis et restit.* wo es heißt: Ut autem scias, quid sit in *integrum restituere*; ego et honoribus, et ordini tuo, et omnibus ceteris te restituo. E. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 2. Th. §. 111. S. 258. und Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 167.

schäft wieder aufgehoben, oder ihnen sonst der Schade ersetzt werde. Gewöhnlich sagt man zwar, die Wiedereinsetzung in einer Civilsache sey die Wiederaufhebung eines nach dem strengen Recht gültigen, aber doch nachtheiligen Geschäfts, welche aus einer gerechten Ursache geschieht[90]; allein dieser Begriff ist darum zu eng, weil die Restitutionsklage bisweilen nur auf eine Leistung des Interesse geht, ohne daß das schädliche Geschäft dadurch rescindirt wird; z. B. wenn propter alienationem iudicii mutandi causa factam Restitution gesucht wird. Wenn **Paulus**[91] sagt: *Integri restitutio* est redintegrandae rei vel causae actio, so meint zwar **Voet**[92] daß auch dieser Begriff unvollständig sey, weil die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch per modum exceptionis gesucht werden könne. Allein dieser Fall ist in dem Begriff des **Paulus** nicht ausgeschlossen, sondern das Wort *actio* wird hier im weitläuftigen Verstand für ein jedes gerichtliches Rechtsmittel[93] genommen, und begreift daher auch die Exception unter sich[94]. Diese Bedeutung ergiebt sich aus dem Begriffe selbst. Denn **Paulus** schreibt der Restitution eine zweyfache Wirkung zu; 1) effectum *redintegrandae rei*, und 2) effectum *redintegrandae causae*. Nun heißt aber *res redintegratur*, wenn mir die Sache, welche ich durch

90) S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1002.

91) *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. VII. §. 1.

92) Commentar. ad Dig. h. t. §. 1.

93) S. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud vet. Antejustin ad cit. PAULI loc. not. 3. pag. 233.

94) *L. 1. D. de excep.* Agere etiam is videtur, *qui exceptione utitur*; nam reus in exceptione actor est.

durch den Dolus oder durch einen widerrechtlichen Zwang des Andern aus den Händen zu geben veranlaßt worden bin, wieder zurückgegeben werden muß. *Cauſa redintegratur* hingegen heißt, wenn ich mich zu einer nachtheiligen Präſtation verbindlich gemacht habe, und dieſe Verbindlichkeit, re adhuc integra, aufgehoben wird[95]). Hier kann aber, wie **Ulpian**[96]) ſagt, die Reſtitution nie anders als per modum exceptionis geſucht werden.

Betrachtet man endlich die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand als eine Handlung des Richters; ſo verſteht man darunter diejenige gerichtliche Handlung, vermöge welcher Jemand, der durch die Strenge des Civilrechts eine unbillige Verletzung erlitten hat, aus einer gerechten Urſache vom Richter entweder gegen die Folgen des eingegangenen ſchädlichen Geſchäfts geſchützt, oder ihm ſonſt zu dem Seinigen wieder verholfen wird. In dieſer Bedeutung ſagen die Geſetze, die Reſtitution ſey eine redintegratio cauſae, ſtricto iure civili amiſſae[97]); ferner eine inſtauratio negotii[98]).

Uebrigens erhellet aus den gegebenen Begriffen, daß die Strenge des alten Civilrechts, welches durch ſein Formelweſen ſchlechtgeſinnten Menſchen häufige Gelegenheit gab, unter

95) So erklärt ISIDORUS Origin. Lib. V cap. 25. den **Paulus**, wenn er ſagt: *Cauſa redintegratur*, quae vi poteſtatis expleta non eſt; *Res redintegratur*, quae vi poteſtatis ablata atque extorta eſt. Man ſehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 805.

96) *L. 9. §. 3. D. Quod metus cauſ.*

97) *L. 2. C. in quib. cauſ. in integrum reſtit. neceſſ. non eſt.*

98) *L. 2. Cod. Si adv. transact.*

unter den Deckmantel deſſelben Ungerechtigkeiten zu begehen, zur Einführung der Reſtitution in Civilſachen die nächſte Veranlaſſung gegeben habe[99]). Das meiſte verdankt unſer Recht hierin der Billigkeit des Prätors, deſſen Beyſpiel nachher auch die römiſchen Kaiſer und Päbſte nachfolgten[100]).

§. 432.

Verſchiedene Eintheilungen der R. i. i.

Die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand kann man aus einem dreyfachen Grunde eintheilen.

1) Nach Verſchiedenheit der Art, wie ſie ertheilet wird, iſt ſie entweder reſtitutio in integrum *ordinaria*, oder eine ſolche, *quae fit brevi manu*, je nachdem ſie entweder eine vorhergehende Vernehmung des Gegentheils erfordert, oder auf das bloße Geſuch des Imploranten ertheilet wird, ohne zuförderſt den Gegentheil mit ſeinen Einwendungen darüber zu hören. Die letztere kommt beſonders im Proceß vor, wenn Nothfriſten verſäumt worden ſind, und die Rechtmäſigkeit der Reſtitutionsurſache entweder aus den Acten ganz liquid, oder durch das Vorbringen des Imploranten auſſer allen Zweifel geſetzt iſt[1]).

2) Nach

99) S. BIENER in cit. hiſtor. iur. civ. de reſtitution. in integr. Cap. II.

100) Gewiß die beſte Rechtfertigung gegen die Vorwürfe, die man den Prätoren wegen der Einführung der Reſtitutionen gemacht hat, wogegen ſie vortreflich vertheidiget *Io.* RICHEI in Vindiciis praetoris Romani et iuris honorarii. *Lugd. Batav.* 1748. 8. §. XIII.

1) S. SCHNEIDER Diſſ. de reſtitutione in integrum brevi manu adverſus lapſum fatalium in proceſſu civili. Halae 1721. und *Io. Chriſt.*

2) Nach Verschiedenheit der Gesetze, durch welche sie eingeführt worden ist, ist sie entweder restitutio in integrum *Romana* oder *Canonica*. Die letztere ist diejenige, welche nach dem kanonischen Rechte einer Kirche oder einem andern pio corpori im Falle einer erlittenen Läsion ertheilet wird [2]). Die erstere ist wieder von zweyerley Art, entweder *praetoria* oder *civilis*, je nachdem sie entweder durch die Edicte der Prätoren, oder durch die neuern Civilgesetze ist eingeführt worden.

Die restitutiones in integrum *civiles* lassen sich füglich auf zwey Classen reduciren, einige sind ad exemplum et analogiam praetoriae restitutionis eingeführt worden, wie z. B. die restitutio reipublicae [3]); andere nicht [4]). Zu dieser letztern Gattung rechnet man

a) die Restitution bey einem Kauf wegen einer Verletzung über die Hälfte [5]); welches Rechtsmittel (remedium ex

Christ. ESCHENBACH Diss. de restitutione in integrum, quae fit brevi manu, praes. *Ad. Frid.* REINHARD def. *Bützovii* 1778.

2) *Car. Frid.* KÜHNE Specim. iurid. de beneficio restitutionis in integrum ecclesiae contra praescriptionem denegando. Helmstadii 1791. 8.

3) *L.* 3. *C. de iure reipubl.* Rempublicam, ut pupillam, extra ordinem iuvari moris est. Man sehe auch *L.* 4. *C. quib. ex cauſ. maiores. L.* 1. *C. de officio eius, qui vice alt. iudic.*

4) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 1. verwirft zwar diesen Unterschied, und meint, daß alle Restitutionen ihren Ursprung aus dem prätorischen Rechte herleiteten. Die Civilgesetze hätten nur hin und wieder das prätorische Recht näher bestimmt. Allein man sehe dagegen EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. w.

5) Man konnte zwar schon vor der *L.* 2. *C. de reſc. vendit.* wegen einer solchen Verletzung die Restitution suchen, wenn nur die Verletzung nicht ganz unerheblich war. Dieses erhellt aus

L. 2.

ex L. 2. C. de rescind. vendit.) die Praxis auch auf andere Contracte ausdehnt, die eine Gleichheit wechselseitiger Leistungen erfordern.

b) Die Restitution gegen ein Endurtheil, das sich auf falsche Urkunden gründet. (Restitutio ex L. 33. D. de re iudicata.) Nach dem neuern röm. Rechte ist jedoch ein solches Urtheil ganz nichtig, und erlangt nie die Rechtskraft [6]). Unser Verf. berührt bey dieser Gelegenheit (Not. d.) die Frage: ob wegen neu gefundener Urkunden die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß gesucht werden könne? Es kommt hier vor allen Dingen darauf an, ob die Restitution in einer causa publica, die das Beste des Staats betrift, der in einer Privatsache, die blos das Privatinteresse des Imploranten betrift, gesucht wird. In dem ersten Falle findet die Restitution aus dem angeführten Grunde contra rem iudicatam nach ausdrücklicher Verordnung der Gesetze Statt [7]). In den letztern Falle hingegen ist wieder zu unterscheiden, ob die Restitution von einer

L. 2. D. depositi. L. 12. §. 1. D. de iure dot. L. 54. D. de emt. vendit. Man sehe auch *Em.* MERILII Observat. Lib. VI. cap. 16. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Mieth- und Pachtcontract §. 802. Allein den Kaisern Diocletian und Maximian gebührt doch das Verdienst, daß sie durch die Bestimmung der Grösse der Verletzung dem Richter eine bestimmte Vorschrift an die Hand gegeben haben, da vorher alles auf seinem Ermessen beruhte.

6) *Vid. tot. Tit. Cod. Si ex falsis instrum. vel testim. iudicatum sit.*

7) *L. 35. D. de re iudic.*

ner minderjährigen, oder von einer volljährigen Parthey gesucht wird. In jenem Falle findet das Restitutionsgesuch auch contra rem iudicatam Gehör[8]). Allein in dem letztern Falle läugnen viel Rechtsgelehrte[9]), daß ob instrumenta noviter reperta eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Urtheil gesucht werden könne, und für diese Meinung scheinen auch verschiedene Gesetze zu sprechen. Denn so sagt erstlich *L.* 35. *D. de re iudicata*: Sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oportet; und in der *L.* 4. *C de re iudicata* heißt es: sub specie novorum instrumentorum, postea repertorum, res iudicatas restaurari, exemplo grave est. Es läßt sich indessen doch nicht so geradezu behaupten, daß deswegen bey Majorennen die Restitution ganz unstatthaft sey, wenn sonst eine rechtmäßige Ursach vorhanden ist. Denn es kann ja vielleicht durch den Dolus des Gegentheils geschehen seyn, daß der Sachfällige vorher keine Wissenschaft von den erst nachher entdeckten Urkunden zu erhalten im Stande war, oder es kann sich aus den Urkunden selbst ein dolus des Gegners offenbaren; ja wenn es auch ohne Gefährde des Gegners, überhaupt ganz unmöglich gewesen wäre, ante rem iudicatam von gewissen Urkunden Nachricht zu erhalten, die sich erst nachher gefunden haben,

8) *L.* 5. *C. Si adverf. rem iudicat. L.* 2. *C. Si saepius in integr. restitut. postul.*

9) PUFFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 57. und Tom. II. Obs. 47. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. CCCCLXX. med. 3. et 4. SENCKENBERG de quadriennio, introducendo restitut. in integr. remedio, in summis imp. dicasteriis communi opinione praefinito. §. 2. (in EJ Meditat. ius publ. privat. et histor. concernent. meditat. VIII. p. 418.)

haben, und welche nun das Recht des Sachfälligen auſſer allen Zweifel ſetzen; ſo würde er mit Recht ſagen können, daß er ohne ſeine Schuld verletzt ſey, und es könnte ihm alſo unter dieſen Umſtänden die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand der Billigkeit nach wohl nicht abgeſchlagen werden [10]). Dieſer Behauptung ſind auch die angeführten Geſetzſtellen nicht entgegen, als welche nur ſo viel ſagen, daß ob ſola noviter reperta inſtrumenta kein rechtskräftiges Urtheil wieder aufgehoben werden ſolle, aber den Fall nicht ausſchließen, wenn eine rechtmäßige Urſach der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand vorhanden iſt [11]). Zu der letztern Gattung der bürgerlichen Reſtitution gehört endlich

c) die Reſtitution ex L. 31. D. de jureiur. welche in dem Falle Statt findet, wenn ein Rechtsſtreit durch Ableiſtung eines geſetzlichen Eides, z. B. des Reinigungseides, welchen der Richter meinem Gegner aufgelegt hatte, entſchieden worden iſt, und ich nachher neue Beweißmittel finde, durch die ich mein Recht auſſer Zweifel ſetzen kann. Endlich kann noch inſonderheit

3) die prätoriſche Reſtitution nach Verſchiedenheit ihrer Urſache, aus welcher ſie ertheilt wird, eingetheilt werden. Sie gründet ſich nämlich entweder auf eine im Edict beſtimmte Urſach, oder auf die allgemeine Clauſel des Prätors:

10) Daß dieſes auch der Praxis gemäß ſey, ergiebt ſich aus H. von Cannegieſſers Collect. Deciſion. Haſſo-Caſſellan. Tom. I. Deciſ. 94. nr. 12 pag. 342. und Tom. II. Deciſ. 274. pag. 491. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. Lib. XLII. Tit. I. §. 26.

11) Man ſehe vorzüglich MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. V. Faſc. I. Obſ. 765.

tors: *item, ſi qua alia iuſta cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam*, von dieſer werde ich beym §. 471. mit mehrerem handeln. Jene wird entweder wegen der Minderjährigkeit, oder wegen einer ſolchen Urſach ertheilt, aus welcher auch Volljährige in den vorigen Stand wieder eingeſetzt werden können. Zu den Urſachen der letztern Art gehören Furcht und Zwang, Betrug, Capitisdeminution, Irrthum[12]), Abweſenheit, Veräuſſerung einer Sache in der Abſicht, dem Andern ſein Recht zu erſchweren oder gar zu vereiteln, (alienatio iudicii mutandi cauſa facta) und die von einem concursmäßigen Schuldner zum Nachtheil ſeiner Gläubiger unternommene Veräuſſerung[13]).

§. 433.

Die Reſtitution muß geſucht werden. In wiefern kann dieſes Geſuch durch einen Procurator geſchehen?

Die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand iſt eine Rechtswohlthat, die Niemanden ipſo iure zuſteht, ſondern um deren Ertheilung man der Regel nach bitten muß. Sie wird alſo ordentlicher Weiſe von richterlichen Amtswegen nicht ertheilt, weil Wohlthaten Niemanden aufgedrungen werden. Nur im Proceß pflegt nach dem heutigen Gerichts-

12) In der *L.* 2. *D. h. t.* geſchieht des iuſti erroris ausdrückliche Erwähnung. Beyſpiele kommen vor *L.* 1. §. 6. *D. quod falſo tutore auctore geſtum eſſe dicetur.* §. 33. *I. de action. L.* 11. *pr. D. de except. rei iudic* S. DOMPIERRE cit. Specim. de Reſtit. in int. Tit. VI. pag. 374. ſqq.

13) *L.* 1. *L.* 10. §. 22. *D. Quae in fraudem creditorum facta ſunt, ut reſtituantur.*

gebrauche zuweilen der Richter gegen den Ablauf einer Nothfrist die Restitution brevi manu zu ertheilen, ohne die Imploration der verletzten Parthey abzuwarten, wenn nämlich aus den Acten klar erhellet, daß dieselbe dabey auſſer aller Schuld sey, und diese auch, um den Proceß fortsetzen zu können, die Restitution wünschen muß[14]). Das Gesuch um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann übrigens entweder von dem Verletzten selbst oder durch einen hinlänglich bevollmächtigten Anwald geschehen[15]). In der Regel wird zu diesem Gesuche eine besondere Vollmacht erfordert[16]). Eine allgemeine Vollmacht zur Besorgung aller Geschäfte des Principals ist hierzu nicht hinreichend, wenn die Restitution hauptsächlich, per modum actionis, gesucht werden will[17]). Denn da durch die Restitution ein gültiges

14) CARPZOV Responſ. Lib. II. Resp. 95. nr. 19. ſqq. HARPPRECHT Vol. nov. Consil. LXIX. nr. 27. ſqq. *de* CANNGIESSER Decision. Hasso-Casellan. T. II. Decis. 255. nr. 19. *Gust. Henr.* MYLIUS Diss. de restitutione in integrum brevi manu contra rem iudicatam. *Lipsiae* 1756. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 811. nr. II. Schmidt Commentar über ſ. Vaters Lehrb. von gerichtl. Klagen 5. Band §. 1442.

15) *L. un. Cod. Etiam per procurat. cauſ. reſtitut. in int. agi poſſe.*

16) *L. 25. §. 1. D. de Minorib.*

17) *L. cit. 25.* Qui vero generale mandatum de universis negotiis gerendis alleget, non debet audiri Nach dem kanonischen Rechte hält man zwar ein mandatum generale cum libera für hinreichend, ob *cap. 4. et 5 de Procurat. in 6.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 811. Allein man vergleiche hier, was davon in dem Titel de Procuratoribus §. 401. S. 293. vorgekommen ist.

Daß

ges Geschäft aufgehoben werden soll, so muß man auch Gewißheit haben, ob der Principal damit zufrieden ist. Ist es zweifelhaft, ob der Procurator mit einer besondern Vollmacht versehen sey, so muß Sicherheit wegen der Genehmigung des Principals bestellet werden[18]). Nur denn wird eine generelle Vollmacht für zulässig gehalten, wenn die Restitution incidenter während des Processes gesucht wird, und eine so gerechte Ursach zur Restitution vorhanden ist, daß der Principal, wenn er gegenwärtig wäre, sie selbst gesucht haben würde[19]).

§. 434.

Wie ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen? Welches ist das forum competens der Restitutionsklage?

Die Restitution wird nun entweder hauptsächlich mittelst Anstellung einer eigenen Klage, oder bey Gelegenheit eines schon anhängigen Processes gesucht. Ersteres geschieht besonders in dem Falle, wenn das nachtheilige Geschäft, wogegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird, schon vollzogen ist. Ulpian[20]) führt

Daß ein mandatum generale cum libera nicht hinlänglich sey, behaupten *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. und DOMPIERRE *de* IONQUIERES Specim. de restitut. in int. Tit. I. §. 27.

18) *L. 26. pr. D. de Minorib.*

19) MEVIUS Decis. P. V. Decis. 96. MYNSINGER Observat. pract. Cent. II. Obs. 26. nr. 24. CARPZOV Respons. iur. Lib. II. Resp. 99. nr. 12. SCHORCH Sentent. et Respons. Fac. iurid. Erford. Sent. 265. nr. 21. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. Lib. III. Tit. 3. Qu. 10. not. I.

20) *L. 9. §. 3. D. quod metus causa.*

indessen auch einen Fall an, wo bey einem noch unvollzogenen Geschäft die Restitution in einer Klage gesucht werden kann. Wenn mich z. B. Jemand durch widerrechtlichen Zwang genöthiget hätte, ihm eine Handschrift über eine gewisse Summe auszustellen, so kann sich zwar abwarten, bis er mich daraus belangt, und ihm dann die exceptionem metus illati entgegen setzen. Allein ich kann auch die actionem metus causa anstellen, und mittelst derselben auf die Zurückgabe und Cassation des widerrechtlich extorquirten Schuldscheins klagen. Hier entsteht nun

1) die Frage, bey welchem Richter die Restitutionsklage anzustellen sey? Ich muß zuförderst bemerken, daß bey den Römern die Ertheilung der Restitution mehr zum imperium als zur Jurisdiction gerechnet wurde[21]). Daher konnten nur eigentlich diejenigen Magistratus Restitution ertheilen, welche ein imperium hatten, nämlich der Prätor, der praefactus Urbi, der Präses der Provinz[22]) u. d. m. Weil jedoch bey der Uebertragung der Gerichtsbarkeit auch das imperium mixtum auf den Stellvertreter überging[23]), so konnte auch bey einem solchen mandatarius die Restitution gesucht werden[24]). Dahingegen stand den magistratibus municipalibus diese Befugniß nicht zu[25]); welches auch nachher nicht von **Justinian**[26]) geändert worden ist, wie

21) *L. 26 pr. D. ad municipalem.*

22) *L. 16. §. 5. L. 42. D. de minorib.*

23) *L. 5. §. 1. D. de officio eius, cui mand. est iurisd.*

24) DOMPIERRE *de* IONQUIERES cit. Specim. h. t. §. 19.

25) *L. 26. §. 1. D. ad municipal.*

26) *L. ult. Cod. ubi et apud quem causa in int. restitut. agitanda sit?*

wie Cocceji[27]) behaupten will, indem die angeführte Verordnung dieses Kaisers nur bestimmt, in wiefern iudices pedanei und delegati Restitution ertheilen können, wie Strauch[28]) und Quintanaduegna[29]) gezeigt haben. Ja in gewissen Fällen konnte die Restitution sogar nur beym Kaiser gesucht werden, z. B wenn sie gegen die Sentenz des Procuratoris Caesaris gesucht wurde[30]). Heutiges Tages kann jedoch jeder Richter Restitution ertheilen, wenn er nur die Civil-Gerichtsbarkeit hat, er mag eine iurisdictionem propriam oder mandatam oder delegatam haben[31]). Denn daß auch bey einem commissarischen Richter, wenn er zur Erörterung der Restitutionssache gesetzt ist, die Restitutionsklage angestellet werden könne, ist ausser Zweifel[32]). Nur bey einem Schiedsrichter findet das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht haupt-

27) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

28) Ad quinquag Decision. Iustiniani Exercit. III. Cap. 3.

29) De iurisdictione et imperio Lib. I. Tit. VII. nr. 26. sqq. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 240.) Man sehe auch WISSENBACH Comment. repetit. praelect. in libr. VII. Cod. ad L. 3. ubi et apud quem. pag. 124.

30) *L. 1. Cod. ubi et apud quem cognit. L. 10. L. 18. §. 1—4. D. de Minorib. L. 3. Cod. St adv. rem iudicatam.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. und NOORDKERK Observation. decas Cap. 4.

31) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 11. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 817.

32) *L. uli. Cod. ubi et apud quem.* RULANT Tr. de commissariis et commissionib. P. I. Lib. III. cap. 19. WERNHER lectiss. commentat. ad Pandect. h. t. §. 3.

sächlich Statt[33]), weil diesem keine richterliche Gewalt zusteht. Der iudex competens ist übrigens derjenige, welchem der Beklagte, wider welchen die Restitution gesucht wird, unterworfen ist. Der Regel nach ist daher die Restitutionsklage in foro domicilii des Beklagten anzustellen[34]). Sie kann jedoch auch zuweilen in foro rei sitae angestellet werden, wenn sie entweder eine actio realis, wie zuweilen die actio rescissoria oder die Restitution der Minderjährigen, oder wenn sie eine actio in rem scripta ist, wie z. B. die actio metus causa, und die Klage wider den dritten Besitzer angestellet wird[35]). Ob auch in foro contractus die Restitution gesucht werden könne, ist streitig. Voet[36]) behauptet dieses. Cocceji[37]) hingegen giebt dies nur in dem Falle zu, wenn die Restitution mit der Klage, die aus dem Contract selbst entspringt, gesucht werden kann. Allein die verneinende Meinung, welche von den meisten Rechtsgelehrten[38]) behauptet wird, und in der Praxis angenommen

33) *L. ult. Cod. ubi et apud quem.*

34) *L. 2. Cod ubi et apud quem cognit. restit. in int.*

35) *L. fin. Cod. ubi in rem actio. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. XV. Th. 8. not. 2.

36) Comment. ad Pand. h. t. §. 7. Man sehe auch *Iac. Henr.* FLEISCHMANN Diss. de foro contractus in actionibus contractum rescindentibus competente. *Giessae* 1751.

37) Iur civ. controv. h. t. Qu. 5.

38) *Io.* STRAUCH ad L. Decisiones Iustin. Exercit. III. cap. 3. nr. 30. sqq. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. Lib. V. Tit. 1. §. 49. in fin. BERGER Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. unic. Schmidts öffentliche Rechtssprüche IV. Abschn. Resp. 79. §. 1. EMMINGHAUS ad *Coccejum* ius civ. contr. h. t. Qu. 5.

men ist[39]), ist unstreitig gegründeter. Denn es widerspricht dem Wesen dieses Gerichtsstandes, hier, wo nur auf die Erfüllung des Contracts, und desjenigen, was dabey verabredet worden, mit der actione ex contractu geklagt werden kann[40]), eine Restitution darwider zu suchen. Man kann zwar zuweilen mit der Klage, die aus dem Contract entspringt, auf dessen Wiederaufhebung klagen. Allein es findet dieses doch nur dann Statt, wenn die Rescission auf einen gewissen Fall verabredet worden ist. Dies ist nun aber der Fall nicht bey der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, denn diese gründet sich auf keine obligationem ex contractu, sondern ist ganz gegen den Contract.

Es fragt sich ferner, 2) wie bey der Restitutionsklage das Gesuch um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand einzurichten sey? Nach dem römischen Rechte ist es bekanntermaßen streitig, ob man zur Restitution eines zweyfachen Rechtsmittels benöthiget gewesen sey? Die ältern Rechtsgelehrten[41]) behaupten es durchgehends, daß nach der rö-

Qu. 5. not. c. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 817. not. c. und *Henr. Aug.* KNEISEN Diss. de foro contractus. *Goettingae* 1779. Cap. III. §. 3. sqq.

39) MEVIUS T. II. P. VI. Decis. 72. P. VIII. Decis. 104.

40) *L. 19. §. 1. L. 20. D. de iudic.*

41) SFORTIA ODDUS de in integrum restitutionibus P. I. Quaest. 33. Art. 1. DUARENUS ad Tit. Dig. de restitut. in integr. cap. 3. ZASIUS ad Tit Institut. de actionibus pag. 56. GIPHANIUS Antinom. iuris civ. s. Disputat. ad Institut. Lib. IV. Disput. XXXVII. nr. 28. et 29. HAHN Observat. ad *Wesenbecium* Lib. IV. Tit. 2. nr. 5. HUBER Praelect. ad Pandect. h. tit. nr. 4. u. a. m.

mischen Gerichtsordnung zur Restitution ein zweyfaches iudicium nöthig gewesen sey, wovon das eine oder das vorbereitende, *iudicium rescindens*, das andere aber, oder die Hauptklage, *iudicium rescissorium* genennt wird. Mittelst des erstern habe man blos um die Aufhebung desjenigen, wodurch man Schaden gelitten, und um die Wiederherstellung des verlohrnen Rechts gebeten. Durch das letztere hingegen, welches erst nach geschehener Wiederherstellung des nach dem strengen Recht verlohren gewesenen Rechts Statt gefunden, habe man die Sache selbst wieder zu erlangen gesucht, welche einem durch die Läsion entzogen gewesen sey. Dieses habe also die Verhandlung der aus dem durch richterlichen Ausspruch wieder hergestellten Rechte entspringenden Hauptklage betroffen. Z. B. während meiner Abwesenheit hat Jemand etwas von meinen Sachen usucapirt. Nach der Strenge des Rechts ist hierdurch mein Eigenthum erloschen. Allein da ich aus einer rechtmäßigen Ursache abwesend war, so suche ich deswegen die Restitution. Hier mußte ich vor allen Dingen um Aufhebung der Usucapion und Wiederherstellung des verlohrnen Eigenthums bitten. Dieses Gesuch hieß iudicium rescindens. Hatte der Prätor mittelst Decrets das Hinderniß meines Klagerechts aus dem Wege geräumt, und ich stellte nun die durch richterlichen Ausspruch wieder hergestellte Eigenthumsklage an, so war dieses das iudicium rescissorium. Daß bey diesem zweyfachen, in Ansehung des Gesuchs und der Wirkung von einander ganz verschiedenen Rechtsmittel nach der röm. Proceßform keine Cumulation Statt gefunden habe, sucht Anton Faber[42]) umständlich zu erweisen.

42) De Erroribus Pragmatic. Decad. VII. Err. 1.

ſen. Die neuern Rechtsgelehrten[43]) hingegen verwerfen dieſen Unterſchied gänzlich, und glauben, daß er durch unrichtige Verwechſelung deſſen, was nach dem ordentlichen bürgerlichen Proceß der Römer bey Anſtellung einer jeden Klage in iure, d. i. bey dem Prätor, und was in judicio, d. i. bey dem iudex pedaneus verhandelt worden, entſtanden, und in dem römiſchen Rechte gar nicht gegründet ſey. Sie ſuchen ihre Meinung aus der römiſchen Proceßordnung ſelbſt folgendermaßen zu erweiſen. Sempronius hat während der Zeit, da Titius in Staatsangelegenheiten abweſend war, etwas von deſſelben Sachen uſucapirt. Titius vocirt ihn nach ſeiner Zurückkunft in ius, und edirt ihm folgende Klage: aio rem, quam poſſides, meam eſſe iure Quiritium, nec tu uſu eam cepiſſe. Daß man auf dieſe Art habe klagen können, ohne erſt um die Aufhebung der Uſucapion bitten zu dürfen, lehre Juſtinian[44]). Sempronius excipirt, er habe die in An-

ſpruch

43) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. Tit. Ex quib. cauſ. maiores pag. 129. *Arn.* VINNIUS ſelect. iur. Quaeſt. Lib. I. cap. 10. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Dig. h. t. §. 14. BACHOVIUS Comm. in prim. Part. Digeſt. pag. 954. ſqq. DOMPIERRE *de* IONQUIERES Specim. cit. h. tit. §. 45. ſqq. *Io. Aug.* SINNER Diſſ. de actione reſciſſoria. Traj. ad Rhen. 1697. §. 37—39. BIENER Hiſtor. iur. civ. de reſtitut. in integr. Cap. II. pag. 12. HOFACKER Princip. iur. civil. T. II. §. 812.

44) §. 5. *I. de Actionib.* Si quis cum Reipublicae cauſa abeſſet, vel in hoſtium poteſtate eſſet, rem eius, qui in civitate eſſet, uſuceperit: permittitur domino, ſi poſſeſſor Reipublicae cauſa abeſſe deſierit, tunc intra annum reſciſſa uſucapione eam petere: id eſt, *ita petere, ut dicat, poſſeſſorem uſu non cepiſſe, et ob id ſuam rem eſſe.*

spruch genommene Sache bona fide und durch einen rechtmäßigen Titel an sich gebracht, und solche auch per tempus legitimum besessen, und folglich allerdings usucapirt. Titius replicirt, Sempronius möge immerhin die Sache per tempus lege definitum besessen haben, so sey dieselbe doch nach dem Edict des Prätors nicht für usucapirt zu halten, weil er reipublicae causa abwesend gewesen. Nach dieser Verhandlung der Sache vor dem Prätor sey den Partheyen ehemals ein iudex pedaneus gegeben worden, welcher die Wahrheit und Rechtmäßigkeit der vorgegebenen Abwesenheit des Klägers untersucht, und nachher den Acten und Rechten gemäß erkannt hätte. Hieraus erhelle, daß mit der Bitte um die Restitution zugleich das Gesuch der vorigen Klage verbunden, und beydes uno iudicio verhandelt worden sey. Denn wäre die Aufhebung der Usucapion in einem besondern, von der Anstellung der nach dem strengen Recht verlohrnen Hauptklage verschiedenen iudicio geschehen, und letztere durch ein eigenes Decret restituirt worden, so wären die Worte in der Vindicationsformel: *possessorem usu non cepisse*, ganz überflüßig, und die gewöhnliche Formel: aio rem meam esse iure Quiritium, schon hinreichend gewesen[45]). Nun giebt es endlich

noch

45) Man beruft sich noch insonderheit auf den §. 3. *I. eodem:* wo Justinian, ohne der Rescission zu gedenken, sagt: Plerumque ita permittit Praetor in rem agere, ut possessor dicat, *adversarium usu non cepisse, quod usuceperit.* In dieser Stelle macht jedoch das Wort *possessor* Schwierigkeit, weil eine actio in rem nicht von dem Besitzer der Sache, sondern gegen den Besitzer derselben angestellt wird. Man muß also entweder mit DOMPIERRE cit. Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 45. pag. 55. für possessor *petitor* lesen, oder den Ausdruck

possessor

noch Rechtsgelehrten[46]), welche einen Unterschied machen, ob dasjenige, was man nach dem strengen Rechte verlohren hat, und um dessen Restitution man bittet, eine Sache oder eine Klage sey. In dem ersten Falle erfordere das röm. Recht kein zweyfaches iudicium, sondern hier sey eine einzige Klage, nämlich die actio doli oder metus, hinreichend, um mittelst derselben sowohl die Aufhebung des nachtheiligen Geschäfts als die Restitution der widerrechtlich entzogenen Sache zu bewirken. In dem letztern Falle hingegen, wenn nach dem strengen Rechte eine Klage erloschen, und um deren Restitution gebeten wird, z. B. man ist durch den Dolus eines Andern, oder durch widerrechtliche Gewalt desselben veranlaßt worden, sich eines Anspruchs zu begeben, oder dem Schuldner eine Forderung zu erlassen, oder die Klage ist dadurch erloschen, daß man sie wegen Abwesenheit nicht binnen der gesetzlichen Zeit angestellt hat; in diesen Fällen sey nach dem röm. Rechte ein duplex iudicium nöthig, davon das eine die Imploration um die Wiederherstellung der verlohrnen Klage, das andere aber die von dem Prätor wiederhergestellte Klage selbst zum Gegenstand habe.

Daß sich bey der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Unterschied zwischen dem iudicio rescindente und rescissorio aus den römischen Gesetzen allerdings vertheidigen lasse,

possessor mit *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 3. I. de action. von dem ehemaligen Besitzer und Eigenthümer verstehen.

46) Diese Meinung haben besonders *Sam. de* COCCEJI in iure civ. controv. Lib. IV. Tit. 2 Qu. 3. und desselben Vater, *Henr.* COCCEJI in Disp. de diversitate rescindentis, ut vocant, et rescissorii iudicii, eiusque effectibus. *Frfti ad Viadr.* 1692. zu vertheidigen gesucht.

lasse, habe ich schon bey einer andern Gelegenheit ausführlich dargethan[47]). Wie wenig aber auch mit dem Gesuch um Restitution des verlohrnen Rechts das der daraus entspringenden Klage eigene Hauptgesuch nach dem römischen Rechte in einem Klaglibell habe verbunden werden können, lehrt theils die römische Gerichtsordnung[48]), theils erhellet dieses auch ganz deutlich daraus, weil zuweilen in dem iudicio rescindente nur diejenigen wenigen Tage restituirt wurden, welche dem Kläger zur Anstellung seiner nach dem strengen Recht verjährten Klagen noch übrig waren[49]). Müßte nun die restituirte Klage binnen diesen Tagen prăcis angestellt werden, so leuchtet es doch wohl in die Augen, daß die Verfolgung des wieder hergestellten Rechts von dem vorhergehenden Gesuche um Restitution des verlohrnen Rechts ganz verschieden gewesen seyn müsse. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so stimmen wenigstens darin unsere practische Rechtsgelehrten mit einander überein, daß es nach

47) S. meine Diss. de vita petendae restitutionis in integrum praetoriae Cap. II. Sect. II. (in *Opuscul. iurid.* Fasc. II. pag. 401.) wo auch §. 25. die Gründe des DOMPIERRE geprüft und widerlegt sind.

48) Cit. Diss. de vita pet. R. i. i. §. 24. pag. 474.

49) *L. 26. §. 7. et 8. D. Ex quib. caus. maior.* Quum feriae tempus eximunt, restitutio duntaxat ipsorum dierum facienda est, non totius temporis. Et ita IULIANUS *libro quarto Digestorum* scribit: ait enim, *rescissionem usucapionis ita faciendam, ut hi dies restituantur, quibus actor agere voluit, et interventu feriarum impeditus est.* Quoties per absentiam quis non toto tempore aliquem exclusit; ut puta rem tuam possedi; uno minus die statuto in usucapionibus tempore; deinde reipublicae causa abesse coepi; *restitutio adversus me unius diei facienda est.*

nach dem heutigen Gerichtsgebrauch jener Weitläuftigkeit, welche bey den Römern die ihnen eigene Proceßform nothwendig machte, nicht mehr bedürfe[50]), sondern beydes das iudicium rescindens und rescissorium in einem einzigen Klagschreiben vorgebracht, und mit der Bitte um Restitution auch zugleich das Gesuch der vorigen Klage verbunden werden könne[51]). Der Kläger bittet daher in seiner Klageschrift, ihn wider das nachtheilige Geschäft in den vorigen Stand zu seßen, und den Beklagten dazu rechtlich anzuhalten, wozu er vermöge des dem Kläger wieder herzustellenden Rechts verbunden ist.

§. 435.

Wie wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand incidenter gesucht? Wer ist hier iudex competens?

Die Restitution kann nun auch bey **Gelegenheit eines schon anhängigen Processes** (incidenter) gesucht werden, und dies kann entweder vor der Sentenz, oder nach dem rechtskräftigen Erkenntniß geschehen. In dem lestern Falle muß man ein Restitutionslibell wider die Sentenz übergeben, und darin um Aufhebung der Rechtskraft

50) Lib. B. *de* CRAMER Observation. iur. univ. T. III. Obs 389. §. 10. in fine sagt: *Distinctionem remediorum rescindentis et rescissorii ad inanem theoriam pertinere, dudum in praxi forensi explosam.* Man vergleiche noch STRYK Us. mod. Pandect. Lib. IV. Tit. 2. §. 5. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. VIII. Th. 2. et ibi MÜLLER ad *Eundem.* und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 3. not. n.

51) Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 65. Ein Formular von einer Restitutionsklage findet man bey Ebendemselben §. 1445.

kraft bitten. In dem ersten Falle hingegen wird die Restitution entweder blos beyläufig wegen einer versäumten Nothfrist, durch Anrufung des richterlichen Amtes, oder vertheidigungsweise gesucht. In diesem letztern Falle kann das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entweder als eine Exception, oder als Replik, oder als Duplik u. s. w. vorgebracht werden[52]). Daß die Restitution in den vorigen Stand eben sowohl durch Exception, als durch Klage bewirkt werden könne, lehrt **Ulpian**[53]) deutlich, wenn er sagt: Sed quod Praetor ait, *ratum se non habiturum*, quatenus acci-

52) Verschiedene Rechtsgelehrte sind zwar der Meinung, daß die Wiederherstellung in den vorigen Stand nur durch Klage allein, nie aber durch Exception oder Replik bewirkt werden könne. Zwar könne Lossprechung von der Klage und nach der nämlichen Analogie auch Entkräftung der Einrede öfters durch die nämliche Ursache bewirkt werden, worauf die Restitution begründet wird, aber deßwegen sey die Wirkung der Exception und Replik eben noch nicht Restitution. Man sehe MARANUS in Paratitlis Digestor. h. t. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. II. §. 812. Ich kann mich jedoch von dieser Meinung nicht überzeugen. Die von mir angeführten Gesetzstellen legen der Exception und Replik, mittelst welcher die Restitution gesucht wird, eben dieselbe Wirkung, wie der Klage, bey. Warum sollte denn auch die erforderliche Cognition der Restitutionsursache nicht eben so gut geschehen können, wenn die Restitution per modum exceptionis, als wenn sie per modum actionis gesucht wird. Die ganze Sache scheint mir daher auf eine unnütze Subtilität hinauszulaufen, zumal da jene Rechtsgelehrte selbst nicht läugnen, daß in beyden Fällen die Vortheile für die Partheyen gleich sind.

53) *L. 9. §. 3. D. quod metus causa.*

accipiendum est, videamus. Et quidem aut *imperfecta res* est, licet metus intervenerit: utputa stipulationem numeratio non est secuta; aut *perfecta*, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et POMPONIUS scribit, *in negotiis quidem perfectis* et *exceptionem* interdum et *actionem* competere: in *imperfectis* autem *solam exceptionem* Sed ex facto scio, cum Campani, metu cuidam illato, extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab Imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare, et Praetorem, me adsistente, interlocutum esse: *ut sive* ACTIONE *vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive* EXCEPTIONE *adversus petentes, non deesse exceptionem.* Wir lernen aus dieser Stelle, daß die Wiederherstellung in den vorigen Stand in zwey Fällen als Einrede vorgebracht werden könne; 1) wenn das nachtheilige Geschäft noch nicht vollzogen ist, und auf dessen Erfüllung geklagt wird [54]); 2) wenn das Geschäft zwar schon vollzogen ist, der Verletzte aber die Sache, die ihm dadurch entzogen worden, in der Folge wieder erhalten hat. Hier kann er sich gegen den, welcher die Sache vindiciren will, mit der Einrede, welche ihm die Restitutionsursach darbietet, z. B. mit der exceptione metus, schützen, wenn er nämlich durch eine ihm widerrechtlich erregte Furcht wäre genöthiget worden, eine Sache zu verkaufen, deren Besitz er nachher wieder erhalten hat [55]). Daß nun ferner die Wiederherstellung in den vorigen Stand auch mittelst einer Replik gesucht werden

54) Vid. *tit. Dig. de doli mali et metus except.*

55) POTHIER Pandect. Iustin. Lib. IV. Tit. 2. Nr. XIII. Not. f.

den könne, zeigt eben dieser **Ulpian**[56]) in einem merkwürdigen Falle, wenn er sagt: Si minor viginti quinque annis detulerit, et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem iurisiurandi replicari debet, ut POMPONIUS ait. Ego autem puto, hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum Praetorem debere cognoscere, an captus sit; et sic in integrum restituere; nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit. Ein Minderjähriger hatte die rechtliche Bestimmung einer gewissen Angelegenheit auf den Eid seines Gegners ankommen lassen. Dieser war gegen ihn geleistet worden. Demohngeachtet sucht er sein Recht klagend zu verfolgen. Setzt ihm nun der Beklagte die Exception der Eidesleistung entgegen, so muß er diese Einrede durch die Replik entkräften, daß er als Minderjähriger den Eid zugeschoben, und dadurch eine Verletzung erlitten habe. Hierin waren **Ulpian** und **Pomponius** einverstanden. Nur darin gieng **Pomponius** zu weit, daß nach seiner Meinung schon die bloße Replik des minderjährigen Alters die Wirkung der Restitution habe, ohne daß ein weiterer Beweiß einer durch die geschehene Eidesleistung wirklich erlittenen Läsion erforderlich sey. Zwar wollte **Pomponius**, wie **Anton Faber**[57]) ganz richtig bemerkt, eben nicht behaupten, als ob der Minderjährige blos um seines Alters willen gegen die Eidesleistung zu restituiren sey, wenn er auch gleich dadurch auf keine Weise wäre lädirt worden. Nein! er behauptete nur, es sey genug, wenn der Minderjährige blos anführe, daß er durch die Eidesleistung seines Gegners eine Verletzung erlitten hätte, ohne

56) *L. 9. 4. D. de iureiur.*

57) Rational. ad L. 9. §. 4. D. de iureiur. pag. 102.

ohne daß es deshalb einer weitern Cognition des Prätors bedürfe[58]). Dies zeigen die Worte: et *hoc ipso*; (scil. quod adversario suo iuramentum detulerit) captum se dicat, ganz deutlich an. Nun möchte man zwar glauben, **Pomponius** habe hierin nicht Unrecht, wenn man erwägt, daß derjenige, welcher seinem Gegner den Eid zuschiebt, nicht nur denselben zum Richter in seiner eigenen Sache macht, sondern daß auch von dieser Eidesleistung der Verlust des ganzen Proceßes abhängt. Dessen allen ungeachtet tadelt **Ulpian** hierin den **Pomponius** mit Recht, und hält ihm den allerdings wichtigen Grund entgegen, daß ein Minderjähriger blos dadurch, daß er sein minderjähriges Alter vorschützt, noch nicht bewiesen habe, daß er verletzt sey. Dies bedarf in den meisten Fällen einer besondern prätorischen Cognition, und es hängt daher erst noch von dem Ausgange derselben ab, ob dem Minderjährigen die als Replik vorgeschützte Restitution wegen des minderjährigen Alters auch wirklich zu statten komme[59]). Zu **Ulpians** Zeiten konnte auch diese Untersuchung, ob der Minderjährige verletzt sey, keinem iudex pedaneus überlassen werden; ex hoc enim Edicto de minoribus nulla propria actio proficiscitur, sagt **Paulus**[60]), *sed totum hoc pendet ex cognitione Praetoris.* Daher sagt **Ulpian**: plerumque *ipsum*

58) DOMPIERRE Specim. cit. Tit. IV. §. 73. in fin. pag. 284.

59) *L. 44. D. de Minorib.* Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae, *causa cognita*, eiusmodi deprehensa sunt, *ut, si ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut, quod habuerunt, amiserunt, aut, quod acquirere emolumentum potuerunt, omiserunt.*

60) *L. 24. §. ult. D. eodem.*

Praetorem debere cognoscere, an captus sit. Nur dann konnte der Prätor einen iudex pedaneus bestellen, wenn die Läsion des Klägers aus den beygebrachten Beweisen ganz liquid, und nur darüber der Streit war, ob derselbe zu der Zeit, da er dem Gegner den Eid zuschob, noch wirklich minderjährig gewesen sey. Hier konnte der Prätor der formulae iudicii, die er dem Judex vorschrieb, die Replikation des minderjährigen Alters dergestalt beyfügen, daß der bestellte Judex über deren Wahrheit cognosciren sollte.

Nach der Analogie dieser Gesetze kann nun das Restitutionsgesuch unstreitig auch nach Art einer Duplik vorgebracht werden, um dadurch die Replik des Klägers zu entkräften. Z. B. Sempronius giebt sich für des minderjährigen Titius Vormund aus, und schließt mit mir einen Kauf über eine Sache des Minderjährigen. Der Minderjährige genehmiget auch das Geschäft. Nachher klage ich auf die Vollziehung des Contracts. Der Minderjährige excipirt, der Kauf kann nicht gelten, weil Sempronius, der den Contract geschlossen, kein ordentlich bestellter Vormund gewesen. Ich replicire, Beklagter habe aber doch den Contract genehmiget. Da kann er meine Replik durch die Duplik entkräften, daß durch seine Ratihabition der Contract nicht gültig geworden sey, und daß ihm dieselbe auch nicht präjudiciren könne, weil er noch minderjährig sey.

Wenn übrigens die Restitution blos incidenter gesucht wird, so ist derjenige Richter zu deren Ertheilung befugt, vor welchem der Hauptproceß schwebt. Eine solche Restitution, welche nur incidenter gesucht wird, kann so-

gar

gar nach dem kanonischen Rechte[61]) ein bloser Schiedsrichter (arbiter compromissarius) ertheilen, wenn ihm gleich diese Befugniß nach dem Röm. Rechte nicht zusteht[62]). Daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch vor einem commissarischen Richter incidenter gesucht werden kann, wenn er überhaupt zur ganzen Sache gesetzt ist, hat keinen Zweifel[63]).

§. 436.

Die Restitution ist ein blos subsidiarisches Rechtsmittel.

Der Prätor hat nun die Restitution nur eigentlich in dem Falle eingeführt, wenn durch kein anderes Rechtsmittel die Läsion gehoben werden kann. Qui enim communi auxilio et mero iure munitus est, sagt **Ulpian**[64]), ei non debet tribui extraordinarium remedium. Die Restitution fällt daher, als ein blos subsidiarisches Rechtsmittel, der Regel nach weg,

1) wenn das Geschäft selbst nach dem strengen Rechte ungültig ist. Z. B. wenn ein Pupill einen Contract geschlossen, wodurch er sich ohne Wissen und Einwilligung seines Vormundes zu etwas verbindlich gemacht hat, so ist der Contract schon an sich ungültig, und daher keine Resti-

61) *Cap. 9. X. de Restitut. in integr.* DOMPIERRE cit. Specim. Tit. I. §. 21. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

62) *L. 3. Cod. ubi et apud quem.*

63) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. LVII. Medit. 7. Corol. 3. Claproths Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß, 1. Th. §. 58.

64) *L. 16. pr. D. de Minorib.*

tution nöthig[65]). Generaliter enim probandum eſt, ſagt Ulpian[66]), ubi contractus *non valet*, pro certo praetorem ſe non interponere.

2) Wenn man mit Hülfe einer andern Klage das nämliche erhalten kann, was durch die Reſtitution bewirkt werden ſoll. Wenn hingegen das ordentliche Rechtsmittel entweder nicht hinreicht, den Verletzten völlig zu entſchädigen, oder die Reſtitution dem Verletzten vortheilhafter iſt, weil er dadurch nicht nur auf eine leichtere, ſondern auch auf eine vollſtändigere Art zu dem Seinigen kommen kann, als durch das ordentliche Rechtsmittel; ſo kann er unter dieſen Umſtänden mit Beyſeitſetzung des ordentlichen Rechtsmittels zur Reſtitution ſeine Zuflucht nehmen[67]). Z. B. wenn ein Minderjähriger bey einem Kauf über die Hälfte verletzt worden iſt, ſo kann er Statt des remedii ex L. 2. Cod. de reſcind. vendit. die Reſtitution wegen ſeines minderjährigen Alters ſuchen, welche ihm den Vortheil gewährt, daß er erſtlich des oft ſehr ſchweren Beweiſes einer wirklich erlittenen Verletzung über die Hälfte des wahren Werths überhoben iſt; und dann zweytens, daß nun auch der ganze Kauf aufgehoben wird, dahingegen bey dem remedio ex L. 2. Cod. de reſcind. vendit. der Beklagte die Wahl hat, ob er die Sache zurückgeben, oder die Läſion vergüten, und ſoviel, als an dem wahren Werthe fehlt, noch nachzahlen wolle, welche Wahl hingegen bey der prätoriſchen Reſtitution wegfällt[68]). Bey den Minderjährigen findet jedoch über-

65) *L. 16. pr. D. cit. L. 21. §. 3. D. Quod metus cauſa.*

66) *L. 16. §. 3. D. de minorib.*

67) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 809.

68) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 8.

überhaupt die Ausnahme Statt, daß wenn selbige auch durch ein anders Rechtsmittel eben so leicht und sicher zu dem Ihrigen wieder gelangen könnten, ihnen dennoch freysteht, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen. Hiervon überzeugt uns folgendes Rescript der Kaiser **Diocletian** und **Maximian**[69]): Etiam in his, quae minorum tutores vel curatores male gessisse probari possunt, *licet personali actione a tutore vel curatore ius suum consequi possint*, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari, iam pridem placuit. Man hätte glauben sollen, es wäre den Rechten und der Billigkeit gemäßer gewesen, daß der Minderjährige vor allen Dingen seinen Vormund hätte ausklagen müssen, durch dessen üble Verwaltung er um das Seinige gekommen war; zumahl da derselbe während der noch daurenden Vormundschaft mittelst der actionis negotiorum gestorum utilis[70]), nach geendigter Vormundschaft aber mit der actione tutelae gar leicht zu seiner Entschädigung hätte gelangen können. Allein dessen ungeachtet rescribiren die Kaiser, es sey bekannten Rechts, daß auch in einem solchen Falle den Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten komme, ohne daß selbige nöthig haben, zuvor ihren Vormund auszuklagen[71]). Daß dieses Recht auch wirklich schon vor **Diocletian** und **Maximian** herrschend gewesen

 sey,

69) *L.* 3. *Cod Si tutor vel curat. intervenerit.*

70) *L. 7. C. Arbitrium tutelae.* Quidquid tutoris dolo vel culpa lata, aut levi, seu curatoris, minores amiserint, vel cum possent, non acquisierint: hoc in tutelae, seu negotiorum gestorum utile iudicium venire, non est incerti iuris.

71) Man vergleiche *Henr. Zach.* SPANNUTII Disput. de exceptione curatoris nondum excussi restitutionem in integrum, a minoribus

ſey, erhellet aus folgender Stelle des **Ulpian**[72]): POMPONIUS quoque refert *libro XXIII.* cum quidam heres rogatus eſſet, fratris filiae complures res dare ea conditione, *ut, ſi ſine liberis deceſſiſſet, reſtitueret eas heredi*; et haec, defuncto herede, heredi eius caviſſet, *ſe reſtituturam:* ARISTONEM putaſſe, in integrum reſtituendam. Sed et illud POMPONIUS adiicit, quod potuit incerti condici haec cautio, etiam a maiore: non enim ipſo iure, ſed per condictionem munitus eſt. Der Fall, welchen hier **Ulpian** aus des **Pomponius** Werken zur Entſcheidung vorträgt, iſt folgender. Ein gewiſſer Teſtator hatte ſeinen Erben gebeten, mehrere beſtimmte Sachen ſeiner noch minderjährigen Bruders Tochter mit der Bedingung abzuliefern, daß ſolche wieder an den Erben zurückfallen ſollten, wenn dieſelbe ohne Kinder verſterben würde. Der Erbe ſtarb bald nachher, nachdem er die Sachen abgeliefert hatte. Nichts deſto weniger leiſtet die Fideicommiſſaria wegen der Reſtitution dieſer Sachen dem Erben des verſtorbenen Erben Kaution. Dieſe Kaution war nun ganz unnöthig, weil der Erbe, an welchen dieſe Sachen zurückfallen ſollten, die Bedingung der Reſtitution nicht erlebt, folglich das Legat nicht auf ſeinen Erben transmittirt hatte. Deſſen ungeachtet war doch die geleiſtete Kaution nicht ipſo iure nichtig, ſie war nur indebite präſtirt worden. Allein eben darum war die minderjährige Fideicommiſſaria dadurch läbirt. Es entſtand daher die Frage, wie ihr zu helfen ſey! **Ariſto** meint, ſie könne die Wiedereinſetzung in den vori-

gen

ribus adultis petitam, haud remorante, praeſ. *Alb. Phil.* FRICK def. *Helmſtadii* 1796.

72) *L. 16. §. 2. D. de minoribus.*

gen Stand suchen. Ulpian verwirft dieses Rechtsmittel nicht, sondern fügt nur noch hinzu, daß Pomponius hierbey bemerkt habe, es könne auch mit eben der Wirkung die condictio indebiti incerti angestellt werden, welche ihr zustehen würde, wenn sie auch schon majorenn wäre, weil die Kaution aus einem verzeihlichen Irrthum war geleistet worden[73]). Nun meint zwar Dompierre[74]), es komme hier hauptsächlich auf die wahre Bedeutung des Worts *adiicit* an, dieses bedeute hier soviel, als notat, welchen Ausdruck die römischen Juristen besonders alsdann zu gebrauchen pflegten, wenn sie die Meinung eines andern Rechtsgelehrten tadelten, oder verwarfen. Pomponius habe also den Aristo getadelt, und dadurch zu erkennen gegeben, daß in dem vorgetragenen Rechtsfalle die Restitution nicht Statt finde, sondern condictio indebiti incerti angestellet werden müsse. Allein es ist merkwürdig, daß Ulpian sagt: Sed *et illud* POMPONIUS *adiicit*. Nun zeigen die Worte *Sed et illud* ganz offenbar keinen Tadel, keine Correction, sondern vielmehr eine Ampliation an, wie schon Anton Faber[75]) bemerkt hat. Mehreren Schein würde des Dompierre Erklärung haben, wenn Ulpian gesagt hätte: *Sed* POMPONIUS *adiicit*. Allein auch alsdann würde dieser Erklärung immer noch entgegen seyn, wenn Ulpian sagt: *Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo praetorum se non debere interponere*; soll also die Restitution nur dann wegfallen, wenn das Geschäft des Minderjährigen ipso iure nichtig ist, so muß wohl in dem entgegen ge-

73) *L. 1. princ. D. ut in possess. legator.*

74) Specim. de Restitut. in integr. Tit. I. §. 31.

75) Rational. ad L. 16. §. 2. D. de minorib.

seßtem Falle, da nämlich das Geschäft des Minderjährigen dem strengen Rechte nach besteht, nach der Meinung des Ulpians und Pomponius die Restitution, und die dem Minderjährigen der Entschädigung wegen zustehende ordentliche oder personal Klage electivé concurriren, folglich demselben die erstere zu suchen freystehen, wenn er auch gleich durch die leßtere eben so gut zu dem Seinigen gelangen könnte, wie auch die Kaiser Diocletian und Maximian in dem oben angeführten Rescript ganz deutlich verordnet haben[76]).

§. 437.

Findet die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch bey negotiis bonae fidei Statt?

Die Restitutionen sind bey den Römern ihrem Ursprunge nach eigentlich wegen derjenigen Contracte eingeführt worden, die man stricti iuris nannte, und wurden daher hauptsächlich alsdann gebraucht, wenn man in einem solchen Contract war verleßt worden. Denn hatte man in einem contractu bonae fidei Schaden gelitten, so konnte man sich mit der Contractsklage helfen, und mittelst derselben nicht nur auf Schadenserseß, sondern auch sogar auf Nichtigkeit des ganzen Contracts klagen[77]). Die Römer sahen bey den Contracten dieser Art vorzüglich auf Billigkeit, und leg-

ten

76) Daß dieses auch dem heutigen Gerichtsgebrauche gemäß sey, bezeugen MEVIUS P. III. Dec. 29. P. V. Decis. 206. und P. VII. Decis. 286. und WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 264

77) *L. 11. §. 5. D. de action. emti vend.* Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, *ex emto competere actionem ad resolvendam emtionem*, et pretio restituto mulier reddatur.

ren diejenigen Bestandtheile dabey zum Grunde, welche Verträge nach dem Rechte der Natur haben müssen. Bey diesen Contracten war also eigentlich keine Restitution nöthig, sie waren vielmehr schon an sich nichtig, wenn sie durch einen Betrug des andern Theils, oder durch widerrechtlich erregte Furcht waren veranlaßt worden. Daher sagt Ulpian[78]: in contractibus bonae fidei doli praestatio inest. Es war nicht einmal nöthig, den Prätor um die Formel für die Einrede gegen die Gültigkeit des Contracts zu ersuchen, oder derselben in iure einige Erwähnung zu thun, sie konnte erst bey dem Judex pedaneus vorgebracht werden, welcher darauf Rücksicht nehmen mußte, weil er bey den bonae fidei iudiciis durch die ihm vom Prätor vorgeschriebene Formel überhaupt angewiesen war, den Streit nach Recht und Billigkeit zu entscheiden[79]. Ganz anders war es bey den contractibus stricti iuris. Hier hieng die Gültigkeit des Vertrags so sehr von der Contractsformel ab, das alles dasjenige, was nicht ausdrücklich darin festgesetzt war, auch zu den Bestimmungen desselben nicht gehörte. Hatte man sich also wegen einer etwa besorglichen Läsion, z. B. wegen des Betrugs, nicht ausdrücklich vorgesehen, so fand nach dem Civilrecht keine Klage Statt, sondern der Verletzte mußte hier zur prätorischen Rechtshülfe seine Zuflucht nehmen. Nach dem Civilrechte hatte die Läsion, wenn sie auch durch einen dolum causam dantem oder metum iniustum war verursacht worden, auf einen contractum stricti iuris gar keinen Einfluß, nach den Gesetzen war der Con-

78) *L. 152. D. de Reg. iur.*

79) §. 30. *I. de action.* AVERANIVS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 14. nr. 32. et 33. Mein Commentar IV. §. 310. S. 253.

Contract vielmehr ganz gültig, der Prätor mußte ihn also durch Mittheilung einer Klage oder Einrede, um deren Formel der Verletzte bitten mußte, erst entkräften, so daß also bey den contractibus stricti iuris die Hülfe des Prätors, wie Averanius[80]) sagt, eben das leistete, was die Natur eines bonae fidei contractus schon mit sich brachte. In der Folge hat man jedoch auch bey den contractibus bonae fidei die Restitution zugelassen, wenn diese entweder vortheilhafter, als die Contractsklage, war, oder das ordentliche Rechtsmittel zur Entschädigung des Klägers nicht hinreichte; z. E. der Käufer hatte die durch den widerrechtlich erzwungenen Kauf an sich gebrachte Sache schon wieder an einen Dritten, welcher in bona fide war, veräußert. Gegen diesen Dritten Besitzer konnte nicht ex contractu geklagt, sondern nur die Restitution ex causa metus gesucht werden[81]). Um so weniger läßt sich der heutige Gebrauch der Restitutionen bezweifeln, wenn es gleich in Teutschland keine römischen contractus stricti iuris mehr giebt, sondern alle Contracte nach der Billigkeit beurtheilt werden[82]). Ueberdem findet ja auch in solchen Fällen die Wiedereinsetzung Statt, da man nicht durch ein geschlossenes Geschäft, sondern blos durch Verabsäumung einer Frist, von welcher der Verlust unsers Rechts abhieng, verletzt worden ist, wenn uns nämlich dabey keine eigene Schuld zur Last fällt[83]).

Denn

80) cit. loc. nr. 34.

81) *L. 3. 4. 5. 7. 8. et 12. Cod. de his, quae vi, metusve caus. gesta sunt.*

82) S. Diss. de vita petendae restitutionis in integr. praetor. P. II. §. 15. (Opusc. meor. Fasc. IV. pag 65.)

83) *L. 16. D. Ex quib. caus. maior. L. 203. D. de Reg. iur.*

Denn wer sich freylich durch beharrlichen Ungehorsam den Verlust seiner Sache zugezogen hat, hat auf das Gesuch der Wiederherstellung keinen Anspruch[84]). So wie denn auch dasselbe gegen ein Erkenntniß nicht Statt findet, wodurch das Restitutionsgesuch rechtskräftig abgeschlagen worden ist[85]); obwohl gegen ein solches Erkenntniß appellirt werden kann, solang es die Rechtskraft noch nicht erreicht hat[86]).

§. 438.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt jederzeit eine Läsion voraus.

Wer nun die Restitution in den vorigen Stand suchen will, muß eine wirkliche Läsion erlitten haben, und zwar muß diese Verletzung 2) aus dem Geschäft selbst entstanden seyn, gegen welches die Wiedereinsetzung gesucht wird[87]). Wenn selbige also von blos zufälligen Umständen herrührt, so findet dagegen der Regel nach keine Restitution Statt; es wäre denn, daß Jemand durch Zufall wäre verhindert worden, sich seines Rechts zu bedienen, in diesem Falle kann die Restitution ex clausula Praetoris gene-

84) *L. B. a* WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. X. Obs. 374. *a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II Specim LXXXIII. med. 2. *Fratr.* BECMANNI Consil. et Decis. P. II. Decis. 81. nr. 5. et 8. pag. 353.

85) *L. 1. Cod. Si saepius restitut. in int. postul. Cap. ult. X. de in int. restitut.* DOMPIERRE h. tit. §. 34.

86) HOFACKER Princip iur. civ. Tom. II. §. 818.

87) *L.* 11. §. 4. *et* 5. *D. de Minorib.* Cramer Nebenstunden Th. 116. Nr. V.

generali gesucht werden[88]), wovon zu seiner Zeit ein mehreres. 2) Die Läsion muß von einiger Erheblichkeit seyn. Dies ist wenigstens nach der Praxis außer Zweifel[89]). Nur in der Theorie ist es controvers, ob nicht auch wegen einer ganz geringen Läsion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden könne? Mehrere Rechtsgelehrte[90]) tragen kein Bedenken, dieses zu behaupten, und diese Meinung hat theils den Ausspruch des Callistratus[91]) für sich, welcher sagt: ne propter satis minimam rem vel summam, si maiori rei vel summae praeiudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui Postulat; wodurch also die Restitution wegen einer ganz geringen Läsion nur hypothetisch ausgeschlossen wird; theils scheint ihr auch die bekannte Regel: *iustitiae ratio non ex quantitate, sed ex suis regulis debet aestimari*[92]), ein nicht geringes Gewicht zu geben[93]). Allein dagegen verdient in Erwägung gezogen zu werden, daß es hier in den meisten Fällen auf

88) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 390. nr. 1.

89) *Sfort.* ODDUS de Restitut. in integr. P. I. Quaest. 4. Art. 12. et 13. COVARRUVIAS Var. Resolut. Lib. I. cap. 3. nr. 11. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 19. VOET ad Pandect. h. t. §. 11.

90) NOODT Comm. ad Pandect. h. t. pag. 105. SCHULTING Enarrat. part. pr. Digest. h. t. §. 7. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Quaest. 9. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. f. und DOMPIERRE *de* IONQUIERES Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 32.

91) *L. 4. D. h. t.*

92) IULIANI *Epitom. Nov. 69. L. 22. D. de damno inf. Pr. I. de vi bonor. raptor. §. 16. I. de Rer. divis.*

93) *Ip. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco. Diss. XXXIX. §. 30.

auf die Aufhebung eines rechtsgültigen Geschäfts ankommt, und daß schon darum nicht um jeder kleinen Läsion willen eine Restitution ertheilt werden kann, weil sonst wegen des oft sehr ungewissen Werths der Dinge die Processe bis ins unendliche vervielfältiget werden würden. Es läßt sich daher in dieser Rücksicht mit Recht behaupten, daß die Aufhebung eines rechtsgültigen Geschäfts insgemein mit einem grösseren Nachtheil verknüpft seyn würde, als derjenige ist, welchem durch die Restitution abgeholfen werden soll, wenn diese um einer jeden kleinen Verletzung willen gesucht werden könnte[94]) Sodann aber fehlt es auch wirklich an Gesetzen[95]) nicht, welche uns von der Wahrheit überzeugen, minimam rem non curare Praetorem[96]). Ob übrigens die

94) Ich muß hierbey bemerken, daß man die *L. 4 D. h. t.* gewöhnlich aus der *L. 21. D. de Except.* zu erklären sucht, wo Neratius sagt: Rei maioris pecuniae praeiudicium fieri videtur, cum ea quaestio in iudicium deducitur, quae vel tota vel aliqua ex parte communis est quaestioni de re maiori. Allein daß diese Stelle nicht hierher gezogen werden könne, und daß der Ausdruck praeiudicium fieri in der Lehre von Exceptionen eine ganz andere Bedeutung habe, als das Wort *praeiudicare*, welches Callistratus braucht, hat schon *Iac.* RAEVARDUS de Praeiudiciis Lib. II. cap. 7. et 8. (*Oper.* Tom. II. pag. 763. edit. *Lugdun.* 1623) gezeigt. Die Worte in der *L. 4. D. h. t.* si maiori rei vel summae praeiudicetur, wollen also, wie Råvard pag. 767. selbige erklärt, so viel sagen: *si propter rem minimam facta restitutio noceret rei maiori.*

95) *L. 9. pr. L. 49. D. de Minorib. L. 9. 10. et 11. D. de dolo malo. L. 54. D. de contrah. emt.*

96) Mit mir stimmen überein DUARENUS Comm. ad h. t. Cap. 4. BACHOVIUS ad Prota Pandect. h. t pag. 946. HUBER Eunom. Rom. pag. 184. WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disp. XIII.

die erlittene Läsion von Erheblichkeit sey, oder nicht, muß der Beurtheilung des Richters billig überlassen werden, welcher jedoch, wie Voet[97]) sehr richtig bemerkt, die Läsion nicht an sich sondern immer in Vergleichung mit dem Geschäft, aus welchem sie entstanden ist, betrachten muß, weil zuweilen eine an sich nicht unerhebliche Läsion doch in Vergleichung gegen das sehr wichtige Geschäft, aus welchem sie herrührt, für ganz unbedeutend zu halten ist. 3) Die Läsion muß dem zu Restituirenden ohne seine Schuld wiederfahren seyn. Jedoch wird ein Minderjähriger auch dann restituirt, wenn er gleich durch seine Unvorsichtigkeit in Schaden gerathen ist[98]). 4) Die Läsion muß endlich nicht nur angeführt, und, worin sie bestehe, deutlich ausgedrückt[99]), sondern auch im Läugnungsfalle bewiesen werden. Dieser Beweis liegt auch einem Minderjährigen ob, wenn er die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sucht[100]); wofern nicht das von demselben unternommene Geschäft ein solches ist, dessen nachtheilige Folgen, auch ohne weitern Beweis einer Läsion, schon an sich in die Augen leuchten[1]).

Dahin

Th. 4. STRUV Evolution. controversiar. h. t. Th 5. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor h. t. §. 12. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 808.

97) Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

98) *L. 44. D. de minor.* FRANTZKIUS Comment. in Pandect. h. t. nr. 19. et 20.

99) *L. B. a* WERNHER Observat. for. T. II. Part. VIII. Obs. 400.

100) *L. 7. §. 3. D. de minorib. L. 9. §. 4. D. de iureiur. L. 5. pr. Cod. de in integr. restit. minor.*

1) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 82. MEVIUS Decis. T. II. P. VII. Decis. 287. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 816.

Dahin gehört, wenn der Minderjährige sich eines Rechts begeben, oder eine Erbschaft ausgeschlagen, oder eie Bürgschaft übernommen, oder sich am Beweis versäumt hat [2]).

Hieraus läßt sich nun noch die Frage entscheiden, ob gegen letzte Willensverordnungen eine Restitution gesucht werden könne? Unser Verfasser verneinet sie mit Recht. Es lassen sich nur zwey Fälle gedenken. Entweder der Testirer selbst wollte Restitution suchen, oder derjenige, welcher im Testament ist ausgeschlossen worden. In dem ersten Falle ist darum keine Restitution nöthig, weil der Testirer eigentlich nicht sagen kann, daß er lädirt sey. Denn er kann ja seinen letzten Willen zu jeder Zeit wieder ändern, und überdem ist ein solches Testament schon an sich nichtig, wozu der Testator durch Betrug verleitet, oder durch widerrechtliche Gewalt gezwungen worden ist [3]). In dem letztern Falle ist entweder ein Notherbe, oder ein anderer ausgeschlossen worden. Letzterer hat gar kein Recht sich zu beschweren, wenn ihn der Testirer selbst ausgeschlossen hat; hatte ihn der Erblasser einsetzen wollen, allein ein Dritter hinderte denselben an der Errichtung eines Testaments, so kann er nur gegen diesen mit der actione in factum auf das Interesse klagen. Der Notherbe hingegen hat entweder die Ausschließung verdient oder nicht. Im erstern Falle findet überhaupt keine Beschwerde Statt; in dem letztern hingegen fehlt es nicht an

2) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. Lib. IV. Tit. 4 §. 13. und *God. Dan.* HOFFMANN Diss. de minore contra aditam hereditatem citra probationem laesionis in integrum restituendo. *Tübing.* 1776.

3) ODDUS de Restitut. in integr. P. I. Qu. XVII. Art. 6. nr. 58. LAUTERBACH c. l. §. 2.

an andern Rechtsmitteln, um das Testament anzufechten, wovon wir im 2ten Tit. des 5. Buchs handeln werden.

§. 439.

Wie lange kann die Restitution gesucht werden?

Soviel hiernächst die Zeit anbetrift, binnen welcher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden muß, so ist ein Unterschied zu machen, ob sie mittelst Anstellung einer Klage gesucht, oder ob das Gesuch um Restitution als Exception, oder als Replik, oder als Duplik vorgebracht wird.

I) Wenn die Restitution *per modum actionis* gesucht wird, so mußten, was

A) die prätorischen Restitutionen anlangt, diese nach dem Pandectenrechte innerhalb eines anni utilis gesucht werden. Paulus[4]) giebt uns von dieser kurzen Dauer der Restitutionsklagen des Prätors den Grund an, *quia contra ius civile dantur.* Dieser Grund ist nun freylich wohl wichtiger, als der, welchen Justinian[5]) anführt, nämlich weil das Amt des Prätors nur ein Jahr gedauert habe. Denn daß diese einjährige Amtsverwaltung auf die Verjährung der prätorischen Klagen keinen Einfluß gehabt habe, ist schon von Carl Ferdinand Hommel[6]) hinlänglich erwiesen worden. Ein *annus utilis* war übrigens ein solches Jahr, welches aus 365 diebus utilibus d. i. solchen Tägen bestand, an welchen man ungehindert vor Gericht klagen

4) *L.* 35. *in fin. D. de obligat. et action.*

5) *Princ. I. de perpet. et temp. act.*

6) Proluf. cur actiones praetoriae annales fint? *Lipsiae* 1756.

gen konnte[7]). Zählte man nicht blos die Gerichtstäge, sondern alle Tage, ohne Unterschied, so wie sie in der natürlichen Ordnung auf einander folgten, sie mochten Gerichtstäge oder Gerichtsferien seyn, so hieß ein solches Jahr, das aus 365 diebus continuis, i. e. naturalibus, et sine interruptione currentibus, bestand, ein *annus continuus*[8]). Der annus utilis war nun nach dem alten römischen Rechte der Restitution der Minderjährigen eben so gut[9]), als der Majorennen vorgeschrieben[10]), nur diejenige war ausgenommen, welche den Gläubigern wegen der Capitisdeminution ihres Schuldners ertheilt wurde, denn diese konnte binnen 30 Jahren gesucht werden[11]). Nach und nach wurde jedoch der annus utilis bey den prätorischen Restitutionen abgeschaft, und Statt desselben ein tempus continuum eingeführt. Den Anfang machte Kr. **Constantin** der Große bey der Restitution ex causa doli. In Ansehung derselben verordnete er in der *L. un. Cod. Theodos. de dolo malo*[12]), daß die actio doli binnen einem Jahre, und

7) Was es heißt: *experiundi potestatem habere*, erklärt **Ulpian** *L. 1. D. de divers. tempor. praescript.*

8) Von der Eintheilung der Zeit in tempus continuum und utile habe ich an einem andern Orte dieses Commentars (3. Th. §. 269. S. 496. folgg.) gehandelt.

9) *L. 19. L. 39. pr. D. de minorib.*

10) *L. 14. §. 1. D. Quod metus causa. L. 1. §. 1. D. Ex quib. caus. maior. L. 6. D. de alienat. iud. mut. caus. L. 1. pr. L. 6. §. 14. D. Quae in fraud. credit. facta. L. 8. Cod. de dolo malo.*

11) *L. 2. §. fin. D. de cap. minut.*

12) Tom. I. Lib. II. Tit. 12. in des *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. in Cod. Theodos.

zwar intra continuum tempus anni, von Zeit des begangenen Betrugs an gerechnet, angestellt, der Proceß aber von dem Tage an, da die Klage impetrirt worden, längstens binnen zwey Jahren (intra continuum biennium, entschieden werden sollte. Der Kr. Constantin setzte also eigentlich bey der actione doli eine doppelte Zeitfrist fest, ein continuum tempus anni zur Anstellung oder Impetrirung der Klage, und ein biennium continuum zur Endigung des Processes. Dies erhellet aus den Worten der Constitution ganz deutlich): Optimum duximus, so lauten die Worte im theodosianischen Codex, non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse memoraverit, neque intra anni utile tempus, sed potius ex eo die, quo adscritur commissus dolus, *intra continuum tempus anni* eis, quibus esse decertandi ius invenitur, *huiusmodi actionem causa cognita deferri:* —— ita ut impetrata doli actione *lis*, ad suum iudicem translata, *intra biennii spatium decidatur*, ratione temporis custodita, cum legitime fuerit apud suum iudicem coepta. Perpetuo vero silentio conquiescat, *nisi ex die, quo impetrata fuerit actio, intra continuum biennium, quod sequitur, omnis lis fuerit decisa.* Allein nach der Interpolation des Tribonians, muß die actio doli intra continuum biennium angestellt, und geendiget werden, wie aus der *L.* 8. *Cod. Iust. de dolo malo* erhellet. Noodt[13]) glaubt zwar, daß auch im theodosianischen Codex statt *intra continuum tempus anni* gelesen werden müsse intra continuum tempus biennii; allein die oben angeführten Worte: nisi ex die, *quo impetrata fuerit actio,* intra continuum biennium, *quod sequitur*, omnis lis fuerit decisa, zeigen deutlich an, daß, ausser der zwey-

jährigen

13) Commentar. ad Digesta h. t. (*Operum.* T. II. pag. 106.)

jährigen Frist, noch eine andere, von derselben verschiedene Zeit, gesetzt war, binnen welcher die actio doli impetrirt, und causa cognita ertheilt werden mußte [14]). Daß übrigens die *L. 8. Cod. Just.* ihrer Interpolation ungeachtet der *L. un. Cod. Theodos.* vorgehe, bedarf kaum einer Erinnerung. Eben dieser **Constantin** hob nachher auch bey der Restitution der Minderjährigen den annum utilem auf, und verordnete in der *L. 2. Cod. Theod. de integri restitut.* daß Minderjährige in Rom und dem zur Stadt gehörigen District (intra centesimum urbis Romae miliarium) binnen 5, in Italien binnen 4, und in den Provinzen binnen 3 Jahren Restitution suchen sollten, und alle diese Zeitfristen sollten tempora continua seyn, und mit dem ersten Tage des 26. Jahrs ihren Anfang nehmen [15]). **Justinian** fand jedoch diesen Unterschied des Orts, den **Constantin** machte, eben so ungereimt, als die mit so vielen Schwierigkeiten verknüpfte Berechnung des anni utilis unnütz [16]). Er hob daher beydes in der *L. ult. Cod. de tempor. in integr. restitut.* bey den Restitutionen auf, und verordnete, daß Minderjährige ohne allen Unterschied des Orts, eben so wie Majorenne, und zwar letztere in den Fällen, wo bis dahin der annus utilis noch im Gebrauch war, nun binnen vier Jahren Restitution suchen sollten, so daß in diesen Zeitraum alle Tage, so wie sie auf einander folgen, sie mögen Gerichtsta-

14) Die Meinung des NOODT habe ich in meiner Diss. de vita petendae restitutionis in integr. praetoriae Part. alt. Cap. III. §. 28. nor. 18. (*Opusc.* Fasc. IV. pag. 15. widerlegt.

15) Man sehe über die *L. 2. Cod. Theodos. de integri restitut.* meine Diss. de vita pet. rest. i. integr. praetor. §. 29.

16) Wie viel Streitigkeit oft die Berechnung des anni utilis verursacht habe, erzählt **Justinian** *L. 1. Cod. de annali except.*

ge seyn oder nicht, gezählet werden sollten. Verschiedene Rechtsgelehrte[17]) wollen zwar behaupten, daß Justinian nur bey der Restitution der Minderjährigen, und derjenigen, welche der Abwesenheit wegen gesucht werden kann, eine vierjährige Zeitfrist vorgeschrieben habe, dahingegen bey den übrigen Gattungen der Restitution, welche den Volljährigen z. B. ex causa metus, oder ob alienationem iudicii mutandi causa factam ertheilet wird, der annus utilis beybehalten worden sey. Allein diese Meinung scheint mir sowohl der Absicht des Gesetzgebers, als den Worten des Gesetzes ganz entgegen zu seyn. Justinian sagt: *Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes*, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia et in aliis provinciis, *quadriennium continuum* tantummodo numerari ex die, *ex quo annus utilis currebat*, et id tempus totius loci esse commune; ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est. Diese Worte sind ganz generell, und gehen unstreitig auf alle Arten der prätorischen Restitutionen, bey welchen bis auf Justinians Zeiten der annus utilis noch im Gebrauch war. Sollte nun Justinian dennoch bey einigen prätorischen Restitutionen den annum utilem haben beybehalten wollen, so müßte er bey diesen die Zeitberechnung des anni utilis weniger schwierig und entbehrlich gefunden haben, welches sich aber wohl, ohne eine Ungereimtheit zuzugeben, eben so wenig behaupten, als

17) LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 24. FRANTZKIUS Commentar. in Pandect. h. t. nr. 27. et 28. SCHULTING Enarrat. part. pr. Pandect. h. t. §. 11. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 815. nr. I. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1004. not. 1.

als mit den Worten des Kaiſers: *Supervacuum differentiam anni utilis in integrum reſtitutionis a noſtra republica ſeparantes*, vereinigen läßt. Noch mehr überzeugen uns von der Abſicht des Kaiſers, den anum utilem bey der Reſtitution ganz aufzuheben, folgende Worte: Quod non ſolum in minorum reſtitutionibus (quibus utilis annus incipit currere, ex quo viceſimi ſexti anni dies illuxerit) ſed etiam *in maiorum hoc idem adhiberi ſancimus, ut hic pro utili anno memorata continuatio temporis obſervetur* ad interponendam conteſtationem, finiendamque litem. Da hier der Kaiſer von der Reſtitution der Minderjährigen und Volljährigen überhaupt redet, ſo muß es auch in Beziehung auf das Vorhergehende gleichviel ſeyn, ob die Reſtitution von den leztern wegen der Abweſenheit, oder wegen eines widerrechtlich erlittenen Zwangs, oder wegen einer nachtheiligen Veräuſſerung geſucht wird. Nun gedenkt zwar der Kaiſer in den nachfolgenden Worten der Reſtitution wegen der Abweſenheit ausdrücklich: Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum reſtitutionibus, ita et in maiorum tempus, in quo *reipublicae cauſa abſuerint*, vel aliis legitimis cauſis, quae veteribus legibus enumeratae ſunt, fuerint occupati, omne excipiatur, et non abſimilis ſit in hac parte minorum et maiorum reſtitutio; allein es geſchiehet dies blos beyſpielsweiſe, ſo wie Kr. **Gordian**[18]) bey der actione doli ebenfalls bemerkt, daß die Zeit nicht mit gerechnet werden ſoll, da der Betrogene reipublicae cauſa abweſend geweſen. Es würde alſo ganz gegen die Abſicht des Kr. **Juſtinians** ſtreiten, wenn man aus dieſem Grunde ſeine Conſtitution blos auf diejenige Art der Reſtitution der Volljährigen einſchränken

18) *L. 3. Cod. de dolo malo.*

wollte, welche der Abwesenheit wegen ertheilet wird [19]). Dahingegen gehen nun aber diejenigen Rechtsgelehrten [20]) offenbar zu weit, welche die Verordnung des K. Justinians auch auf die actionem doli erstrecken wollen, bey welcher schon K Constantin den annum utilem abgeschaft hatte. Denn daß die *L. ult. Cod de dolo malo* durch die L. fin Cod. de temp. restitut. in int. nicht aufgehoben sey, erhellet schon daraus, weil Tribonian die Verordnung des K. Constantins bey deren Aufnahme in den Justinianischen Codex wesentlich verändert; und das vom Constantin, statt des ehemaligen anni utilis, verordnete continuum tempus anni in ein *biennium continuum* verwandelt hat, welches gewiß nicht geschehen wäre, wenn nicht diese Verordnung als anwendbares Gesetz gelten sollte [21]). Ich habe hier noch folgendes zu bemerken.

1) Es giebt prätorische Restitutionsklagen, die nur insofern an die gesetzlich vorgeschriebene kurze Zeitfrist gebunden sind, als der Kläger zugleich einen gewissen Vortheil dadurch zu erlangen sucht, welchen die Gesetze als Strafe des Beklagten wegen seines Ungehorsams, oder begangenen Dolus

19) Man sehe WISSENBACH Commentar. ad L. ult. C. de tempor. in integr. restitut. pag. 128. und DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 37.

20) *Ulr.* HUBER Praelect. ad Dig. Lib. IV. Tit. 3. §. 9. *Petr. de* GREVE Exercit. ad Pandect. loca difficil. Exerc. V. §. 16. pag. 129. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 18. et Tit. 3. §. 32.

21) S. NOODT Comment. ad Dig. h. t. (Tom. II. *Oper.* pag. 105. DOMPIERRE cit. Specim. Tit. de dolo malo §. 32. pag. 184. und meine Diss. de vita pet. restit. in integr. Cap. III. §. 30. (*Opusc.* Fasc. IV. pag. 30.)

lus, oder wegen des wenigstens daran genommenen Antheils verordnet haben; ausserdem aber perpetuirlich sind, d. i. dreyßig Jahre dauern, in sofern nämlich der Kläger dadurch blos seine Entschädigung sucht, oder seine Absicht blos darauf gehet, daß der Beklagte einen unbilligen Gewinn herausgebe. Dies ist

a) der Fall bey der *actione metus*. Diese Klage dauert 30 Jahr, wenn die durch Furcht abgezwungene Sache noch vorhanden, oder der Beklagte wenigstens dadurch bereichert ist, der Kläger aber weiter nichts, als seine Entschädigung, verlangt[22]). Insoweit ist es auch gleich viel, der Beklagte mag an der unerlaubten Handlung, wodurch dem Kläger das Seinige mit Gewalt entzogen worden ist, Antheil genommen haben, oder nicht[23]). Allein nach dem römischen Rechte hat die actio metus noch die besondere Eigenschaft, daß der Beklagte, auch selbst der bonae fidei possessor, zum vierfachen Ersatz verurtheilt werden kann, wenn er die richterliche Sentenz nicht gutwillig befolgt[24]); und ein malae fidei possessor den Werth ersetzen muß, wenn die Sache durch Zufall zu Grunde gegangen ist[25]). Soll diese Verurtheilung Statt finden, so mußte die Klage ehemals intra annum utilem angestellt werden[26]); und auch nur in dieser Rücksicht ist sie nach dem neuern röm. Rechte an eine vierjährige Frist gebunden[27]). Eben dies ist

22) *L.* 14. §. 1—3. *L.* 18. *L.* 21. §. 1. *D. quod metus causa. L.* 4. *in fin. Cod. eodem.*

23) *L.* 14. §. 5. *D. eod.*

24) *L.* 14. §. 3. *in fin. D. eod.*

25) *L.* 14. §. 11. *D. eod.*

26) *L.* 4. *Cod. de his, quae vi metusve causa.*

27) DOMPIERRE cit. Specim. Tit. 2. §. 25. p. 112.

b) von der *actione doli* zu sagen. Diese Klage muß binnen zwey Jahren angestellt werden, in sofern der Kläger will, daß das durch Betrug veranlaßte Geschäft ganz wieder aufgehoben, oder der Beklagte seines begangenen Betrugs wegen zum Schadensersatz verurtheilt werde, wenn er auch gleich dadurch nicht reicher geworden wäre. Allein wenn wegen des Betrugs nicht auf Rescißion des Geschäfts, sondern blos auf Schadensersatz geklagt wird, soweit nämlich der Beklagte durch den Betrug noch bereichert ist, so hat die actio in factum Statt, welche 30 ganze Jahre dauert[28]). Von dieser Art ist auch

c) die *actio Pauliana*, wodurch die Gläubiger wider jede zu ihrem Nachtheil vom Schuldner vor eröffnetem Concurs vorsetzlich unternommene Veräusserung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen können. Die Dauer dieser Klage ist nur in sofern in einen vierjährigen Zeitraum eingeschränkt, als sie wieder denjenigen angestellet wird, welcher an dem Betrug des Schuldners Antheil genommen hat, und die Gläubiger den Zweck dadurch erreichen wollen, daß der Beklagte verurtheilt werde, wenn er gleich durch die an ihn geschehene Veräusserung nicht reicher geworden ist[29]). Wenn hingegen der Beklagte sich durch den Betrug des Schuldners wirklich bereichert hätte, und die Gläubiger weiter nichts verlangen, als daß derselbe diesen unbilligen Gewinn herausgebe, so kann die Paulianische Klage 30 Jahre angestellet werden, ehe sie verjährt ist[30]). Hieraus ergiebt sich

28) *L. 28. in fin. D. de dolo malo.* HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obs. 613.

29) *L. 1. D. Quae in fraudem creditor.*

30) *L. 10. §. 24. D. eodem.*

sich zugleich, daß die prätorischen Restitutionen von zweyerley Art sind, indem die wegen derselben anzustellende Klage entweder eine Pönalklage oder eine blos persecutorische ist[31]).

4) In einigen Fällen hat Justinian das quadriennium zu Gunsten der Minderjährigen verlängert, wie ich in dem Titel de Minoribus zeigen werde[32]).

3) Die Zeit, da die Verjährung bey den prätorischen Restitutionsklagen ihren Anfang nimmt, hat Justinian unverändert gelassen, er verordnet vielmehr ausdrücklich, daß das von ihm bestimmte quadriennium von dem Tage an gerechnet werden solle, von welchem ehemals der annus utilis zu laufen anfieng[33]). Bey der Restitution der Minderjährigen nimmt daher das quadriennium mit dem erstern Tage des 26. Jahrs seinen Anfang. Bey der Restitution der Volljährigen hingegen kommt es auf die Restitutionsursach an. Die bey der Klage wegen des Betrugs vorgeschriebene zweyjährige Frist wird von dem Tage des begangenen Betrugs[34]); das quadriennium bey der Restitution wegen erlittenen Zwangs von dem Tage, da die Furcht vorüber, und der Verletzte zu klagen im Stande war[35]), bey der wegen der Abwesenheit von dem Tage der Zurückkunft, oder da sonst das Hinderniß gehoben worden, und

also

31) Man sehe *Ern. Christ.* WESTPHAL Progr. de duplici actione restitutoria, omnibus fere in integrum restitutionibus praetoriis communi. *Halae* 1760. und meine Diss. de vita pet. R. i. i. Cap. I. §. 5. (*Opuscul.* Fasc. II. pag. 289 sqq.)

32) S. meine Diss. Cap. III. §. 30. (*Opusc.* Fasc. III. pag. 33.)

33) *L. ult. Cod. de tempor. rest. in integr.*

34) *L. 8. C. de dolo.*

35) *L. 4. C. De his, quae vi metusve caus. gesta.*

also Gelegenheit war, die Klage anzustellen, welches auch bey der Paulianischen Klage Statt findet, endlich wegen der Veräusserung, welche iudicii mutandi causa unternommen worden, von dem Tage der geschehenen Alienation an gerechnet[36]).

4) Ob es nicht auch darauf ankomme, daß derjenige, welcher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen kann, zuerst Wissenschaft von der erlittenen Verletzung erhalten haben müsse, ehe die Verjährung der Restitutionsklage ihren Anfang nehmen könne? ist in der Theorie sehr streitig. Einige Rechtsgelehrten[37]) behaupten dieses, andere[38]) läugnen es. Beyde Meinungen haben nicht unerhebliche Gründe für sich. Für die letztere streitet, daß weder **Constantin** noch **Justinian** jenes Umstandes bey der Bestimmung der Restitutionszeit gedenken, und daß es bey der Verjährung überhaupt nicht darauf ankommt, ob derjenige, wider welchen verjähret wird, Wissenschaft davon habe, wer seine Sache besitzt, oder nicht[39]). Dagegen wird nun aber von den erstern eingewendet, daß der ehemalige annus utilis erst von der Zeit zu laufen angefangen, quo primum experiundi potestas fuit[40]). Nun sey hierzu noch nicht genug,

36) *Io. Christ.* KOCH Diss. de praescriptione restitutionis in integrum. *Giessae* 1780. §. 3.

37) ODDUS Tr. de Rest. in int. P. I. Qu. 20. Art. 4. FABER in Cod. Lib. II. Tit. 35. Def. 3.

38) VOET ad Pandect. h. t. §. 19. DACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XI. §. 3. DOMPIERRE cit. Specim. h. t. §. 39. pag. 49. KOCH c. l. pag. 26.

39) *L. ult. in fin. Cod. de praescr. longi temp.*

40) *L. 1. §. 1. D. Ex quib. caus. maior. L. 1. pr. D. Quae in fraud. credit. L. 4. C. de his, quae vi metusve causa.*

genug, daß man unverhindert sey, die Klage anzustellen, sondern man müsse auch wissen, daß man klagen könne[41]; *quia, qui nescit*, sagt Cajus[42]), *is videtur experiundi potestatem non habere.* Dem sey jedoch, wie ihm wolle, so ist es wenigstens in der Praxis anerkannte Wahrheit, daß der Anfang der Verjährung bey den prätorischen Restitutionsklagen erst von da an gerechnet wird, wo man von der erlittenen Verletzung Nachricht erhalten hat, und man folglich im Stande gewesen ist, die Restitution zu suchen[43]). Aus allen diesen erhellet also soviel, daß die Zeit, binnen welcher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen ist, zwar nach dem neuern römischen Rechte in Rücksicht ihres Laufs ein tempus continuum, allein in Absicht auf ihren Anfang ein tempus utile sey[44]). Endlich ist noch

5) zu bemerken, daß nach der Verordnung des Kr. Justinians[45]) binnen der bestimmten Zeit nicht nur die Restitution gesucht, sondern auch der Proceß über das Restitutionsgesuch geendiget werden soll. Eben dieses verordnete auch Kr. Constantin[46]) bey der Restitutionsklage wegen

41) *L. 2. pr. D. quis ordo in possess. sero.*

42) *L. 6. D. de calumniator.*

43) GAIL Lib. II. Obs. 48. nr. 5. CARPZOV Lib. II. Resp. 96. nr. 12. LEYSER Specim LX. medit. 5. CRAMER Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 442. Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien. 2. Band Nr. II.

44) LAUTERBACH Colleg Pand. h t. §. 24. HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 815.

45) *L. ult. C. de temp. restit. in int.*

46) *L. 8. C. de dolo malo.*

wegen des Betrugs. Um so weniger verdient daher die Critic derjenigen Rechtsgelehrten[47]) einige Rücksicht, welche in der Verordnung des K. Justinians die Worte finiendamque litem für fehlerhaft halten, und statt derselben *inciendamque* oder *inchoandamque litem* lesen wollen. Denn wenn gleich sonst Klagen, die an sich nur temporell sind, durch die Litiscontestation perpetuirt werden[48]); so ist doch aus den angeführten Constitutionen sowohl, als aus andern Gesetzen[49]) offenbar, daß die Gesetzgeber von dieser Regel in der Materie von der Restitution abgewichen sind[50]). Ich kann daher auch der Meinung des Herrn von Coccceji[51]) nicht beypflichten, wenn dieser die Worte *finiendamque litem* nicht sowohl von Endigung des über das Restitutionsgesuch entstandenen Processes, als vielmehr von Erlöschung der nicht binnen des gesetzlichen Zeitraums angestellten Restitutionsklage verstehen will. Denn daß die Ausdrücke *finire litem*, *finire causam*, deren sich hier die Gesetzgeber bedienen, von der extinctiven Verjährung einer nicht binnen der gesetzlichen Frist angestellten Klage nicht gebräuchlich sind, bedarf wohl keines Beweises. Soviel ist indessen gewiß,

47) DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXI. cap. 10. ODDUS Tr. de Restit. in int. P. I. Qu. 19. Art. ult.

48) §. 1. *in fin. I. de perpet. et temp. act.*

49) *L. 5. Cod. de temp. rest. in integr. Clem. un. de Restit. in integr.*

50) S. DUARENUS Interpretat. Tit. Cod. de temp. rest. in integr. (in *Operib.* Francof. 1592. edit. pag. 134.) DOMPIERRE h. t. §. 36. und meine Diss. Cap. III. §. 32.

51) Iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 5.

gewiß, daß wenigstens heutiges Tages jene Vorschrift des römischen Rechts nicht mehr beobachtet wird [52]).

B) Soviel diejenige Restitution anbetrift, welche nach dem kanonischen Rechte den Kirchen und andern *piis corporibus* zusteht, so muß auch diese binnen vier Jahren gesucht werden. Dieser Zeitraum soll nun zwar nach ausdrücklicher Vorschrift des kanonischen Rechts gleich von Zeit der erlittenen Läsion zu laufen anfangen, es soll auch der Proceß über das Restitutionsgesuch binnen dieser gesetzlichen Frist entschieden werden [53]); allein daß dieses heutiges Tages nicht mehr Statt finde, so wie auch, daß das quadriennium nach dem Gerichtsgebrauch erst a tempore cognitae laesionis an gerechnet werde, ist bereits bemerket worden. Endlich

C) die Restitutiones in integrum civiles anlangend, so ist zwar diejenige Restitution, welche dem Staate und überhaupt einer öffentlichen Corporation, wenn sie bey einem Geschäft Schaden gelitten, nach dem Beyspiel der Minderjährigen zusteht, binnen vier Jahren zu suchen [54]); allein alle übrige, welche oben (§. 432.) angeführt worden sind, dauern 30 Jahre. Denn in Ansehung derselben ist durch die L. ult. C. de temp. restit. in int. nichts geändert worden, da sich dieses Gesetz ausdrücklich nur auf diejenige Arten der prätorischen Restitutionen bezieht, welchen schon vor Justinian

52) LAUTERBACH Coll. Pand. h. t. §. 26. HOFACKER c. l. §. 815. in fin. COCCEJI c. l.

53) *Cap.* 1. *et* 2. *h. t. in VI. Clem. un. eod.*

54) *L.* 3. *C. de iure reip. L.* 4. *Cod. quib. ex cauſ. maior.*

nian eine gewisse Zeit vorgeschrieben war, binnen welcher sie gesucht werden mußten[55]).

§. 439.*

Wie lange kann die Restitution vertheidigungsweise als eine Exception, Replik u. s. w. gesucht werden.

II) Wenn die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *per modum exceptionis* gesucht wird, so ist sie an gar keine gewisse Zeit gebunden, sondern sie kann vielmehr, als Einrede, zu allen Zeiten vorgeschützt werden[56]). Paulus[57]) sagt ausdrücklich: Non sicut *de dolo actio* certo tempore finitur, ita etiam *exceptio* eodem tempore danda est. *Nam haec perpetuo competit*: cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure; is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. Es ist zwar hier nur von der exceptione doli die Rede; allein der Grund, warum diese Einrede beständig dauern soll, wenn gleich die Klage wegen des Betrugs der Verjährung unterworfen ist, ist allgemein und aus Natur der Sache überhaupt hergenommen, so daß man keine Ursach hat, daran zu zweifeln, daß auch das nämliche von allen übrigen Arten der Einreden, die wegen der Restitution vorgeschützt werden können, ohne Unterschied anzu-

55) COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. behauptet zwar, daß die vierjährige Frist sich auch auf die restitutiones in integr. civiles erstrecke. Allein EMMINGHAUS ad *Eundem* not. w. hat diese Meinung hinlänglich widerlegt. Man sehe auch STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 810.

56) E. KOCH Diss. de praescriptione restitutionis in integr. §. 6.

57) *L. 5. §. 6. D. de doli mali et met. except.*

anzunehmen sey. Demohngeachtet sind viele Rechtsgelehrten[58]) anderer Meinung. Sie gehen von dem Grundsatz aus, daß Einreden, sofern sie ein Recht des Beklagten betreffen, welches dieser auch klagend hätte verfolgen können, der nämlichen Verjährung, wie die deshalb Statt findende Klage, unterworfen seyen. Gerade dies ist nun, sagt man, der Fall bey den Einreden der prätorischen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Bey diesen finde der Grund nicht Statt, weshalb sonst die Einreden vor angestellter Klage keiner Verjährung ausgesetzt sind. Selbige müßten daher, glaubt man, ihrer Natur nach verlohren gehen, wenn der Beklagte die gesetzmäßige Zeit, binnen welcher er sein Recht klagend verfolgen durfte, ganz unbenutzt verstreichen lassen. Es sey also nur als eine Ausnahme von der Regel anzusehen, daß die Einrede des Betrugs perpetuirlich sey, welche ihren Grund darin habe, daß dieselbe von grösserem Umfange sey, als die Klage wegen des Betrugs. Denn sie könne einer jeden unbilligen Forderung des Klägers entgegen gesetzt werden, wenn auch kein eigentlicher Dolus begangen worden. Allein wer mit diesem Raisonnement die gründliche Widerlegung des Hrn. Prof. Webers[59]) vergleicht, wird nicht leicht seine Meinung seinen Bey-

58) ODDUS cit. Tr. P. I. Qu. 35. Art 7. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XI. §. 31. MEVIUS P. III. Decis 333. LAUTERBACH Colleg. Pand. Lib. IV. Tit. 6. §. 28. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 10. Webers Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 8. Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 1. Band §. 129. u. a. m.

59) Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. Stück. Nr. I. S. 7—13. der zweyten Ausgabe.

Beyfall geben können. An Gesetzen, welche dieselbe unterstützen, fehlt es ohnehin. Im Gegentheil ist in der oben angeführten Stelle des Paulus offenbar von einer solchen Art der Exception die Rede, wo der Beklagte das ihm zustehende Recht auch klagend verfolgen konnte, und es ist darin auch nicht eine Spur zu finden daß der Grund, warum die Einrede des Betrugs dem Beklagten dennoch vorbehalten bleibt, wenn gleich die Klage wegen des Betrugs nur temporell ist, aus besondern Verhältnissen, die blos dieser Einrede eigen wären, hergeleitet werde. Vielmehr erklären auch in andern Fällen die Gesetze Einreden für immerwährend, wenn gleich die Klage, mit welcher der Beklagte sein Recht ebenfalls hätte verfolgen können, nur von kurzer Dauer ist[60]). Es läßt sich daher wohl mit Grund nicht bezweifeln, daß den Einreden der prätorischen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keine Verjährung entgegen gesetzt werden könne, wenn gleich die Zeit, binnen welcher der Beklagte sein Recht klagend verfolgen durfte, bereits gänzlich verstrichen seyn sollte, wenn man zumal erwägt, daß durch die extinctive Verjährung nicht sowohl das Recht und die Verbindlichkeit an sich, als vielmehr nur die gerichtliche Verfolgung durch Klagen ausgeschlossen werde[61]); es muß folglich auch wegen der an sich nicht aufgehobenen Verbindlichkeit so lange eine Einrede Statt finden, bis

60) *L. 5. C. de except.* Licet *unde vi interdictum* intra annum locum habeat, tamen *exceptione perpetua* succurri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate iuris manifestatur.

61) S. H. Prof. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 92. S. 426. folgg.

bis man Gesetze beybringt, welche das Gegentheil verordnen[62]).

III) Wird die Restitution mittelst einer Replik gesucht, so ist sie der Regel nach eben der Verjährung, wie die Restitutionsklage, ausgesetzt[63]). Denn die Replik ist, wie Ulpian[64]) sagt, eine Gegeneinwendung des Klägers, wodurch er die Einrede des Beklagten zu entkräften sucht. Diese darf also auf keine Weise dazu gemißbraucht werden, um eine schon verjährte Klage durchzusetzen[65]). Aus diesem Grunde verstatten daher die Gesetze nicht einmal den Minderjährigen, das Gesuch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als Replik vorzubringen, wenn die gesetzliche Zeit, binnen welcher die Handlung eines Minderjährigen nach erlangter Großjährigkeit noch angefochten werden darf, bereits verstrichen ist, wie Ulpian[66]) in dem bereits oben[67]) vorgekommenen Rechtsfalle lehrt, welcher daselbst ausdrücklich sagt: Praeterea *exceptio* ista (daß darunter die Replik des minderjährigen Alters zu verstehen sey, lehrt der Zusammenhang[68]) statutum tempus post annum

62) Hierin stimmen überein FABER in Cod. Lib. II. Tit. 35. Def. 2. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXII. cap. 2. in fin. CARPZOV Respons. iur. Lib. II. Resp. 96. nr. 2. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. III. Obs. 481. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. Lib. IV. Tit. 2. Qu. 10. not. y.

63) KOCH cit. Diss. §. 7.

64) *L. 2. §. 1. D. de Except. L. 22. §. 1. D. eodem.*

65) Weber in den angeführten Beyträgen Nr. I. S. 12.

66) *L. 9. §. 4. D. de iureiur.*

67) S. §. 435. S. 416.

68) Es geschieht in den Gesetzen öfters, daß unter dem Ausdruck exceptio des Klägers Replik verstanden wird. §. 3. *I. de Replicat.*

XXV. non debet egredi. Eine Ausnahme findet Statt, wenn durch die Replik der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Einrede des Beklagten aus einem Vertrage entkräftet werden soll, wodurch der Kläger demselben eine gewisse Schuld erlassen hat. In diesem Falle kann die Replik ohne alle Einschränkung auf eine gewisse Zeit, mithin immerwährend, vorgeschützt werden. Hierher gehört, wenn der Gläubiger durch Betrug des Schuldners verleitet worden ist, demselben die Schuld zu erlassen, oder eine Quittung auszustellen, daß die Schuld bezahlt sey. Von diesem Falle reden die Kr. **Diocletian** und **Maximian**, wenn sie an eine gewisse Helena referibiren[69]): Si pactum interceſſit, in exceptione ſine temporis praefinitione *de dolo replicare* potes. Der Grund dieser Entscheidung scheint mir nicht, wie **Donell**[70]) will, darin zu liegen, weil es eben so wenig in der Gewalt des Klägers oder Gläubigers stehe, wenn der Beklagte seine Einrede vorbringt, um sich dagegen mit seiner Replik vertheidigen zu können, als es von dem Beklagten abhange, wenn er belangt seyn wolle. Denn daraus würde folgen, daß die Replik des Klägers eben so wenig, als die Exception des Beklagten, einer Verjährung unterworfen sey; da es doch allerdings der Kläger in seiner Gewalt hat, wenn er klagen will, um den Beklagten in den Stand zu setzen, seine Einrede gegen die Klage vorzubringen. **Perez**[71]) scheint mir daher die Sache richtiger getroffen zu haben, wenn er den Grund darin setzt, weil durch ein solches Pactum, welches durch den Betrug des Schuldners ver-

69) *L. 6. Cod. de Except.*

70) Commentar. ad L. 6. Cod. de Except.

71) Praelect. in Cod. Lib. VIII. Tit. 36. nr. 30.

veranlaßt worden ist, die vorige Klage des Gläubigers nicht aufgehoben wird, sondern noch mit der Wirkung wider den Schuldner angestellt werden kann, daß, wenn der Beklagte die Einrede des Vertrags vorschützt, der Kläger solche durch die Replik des Betrugs entkräften kann[72]), welche nun hier darum an keine gewisse Zeit gebunden ist, weil die Klage des Gläubigers, der sie gleichsam, wie Cujaz[73]) sagt, zu Hülfe kommt, perpetuirlich ist. Eben dieses wendet Hr. Canzler Koch[74]) auch nicht ohne Grund auf die Replik der Restitution wegen der Minderjährigkeit an. Z. B. ein Minderjähriger hat mit seinem Schuldner das Pactum gemacht, daß ihm die Schuld erlassen seyn solle. Gleichwohl klagt nachher der minderjährige Gläubiger auf die Bezahlung der Schuld. Der Schuldner setzt ihm die Einrede des Vertrags entgegen. Hier kann der Kläger in der Replik sich noch immer damit schützen, daß der Vertrag während seiner Minderjährigkeit geschlossen worden sey, wo er noch nicht die freye Disposition über sein Vermögen gehabt; wenn gleich die Zeit, binnen welcher sonst den Minderjährigen nach erlangter Majorennität die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen verstattet ist, bereits verstrichen seyn sollte. Endlich

IV) wenn die Restitution **mittelst einer Duplik** in Anregung gebracht wird, so ist sie eben so wenig, als die Einrede, in eine gewisse Zeit eingeschränkt[75]).

72) *L. 3. C. de Except.*

73) Recitat. solemn. ad L. 6. C. de Except.

74) Cit. Diss. §. 7. in fin.

75) KOCH cit. Diss. §. 8.

§. 440.

Rechtmäßige Ursachen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt nun endlich auch eine rechtmäßige Ursach voraus, woraus erhellet, daß die Läsion ohne eigene Schuld des Implorantten entstanden sey; oder demselben doch wenigstens den Rechten nach nicht zur Schuld zugerechnet werden könne. Diese Ursachen sind theils in den Gesetzen ausdrücklich bestimmt, theils unter der allgemeinen Ursache der Billigkeit begriffen. Von beyden ist schon oben (§ 432. nr. 3.) gehandelt worden. Hier bemerke ich mit unserm Verf. nur noch den Unterschied, daß bey einer solchen Restitution, die aus einer bestimmten Ursach gesucht wird, der bloße Beweiß der erlittenen Läsion hinreichend ist, ohne noch besonders darthun zu dürfen, daß man dabey ausser Schuld sey, weil der Implorant entweder deshalb schon die rechtliche Vermuthung für sich hat, oder, wenn er die Restitution wegen der Minderjährigkeit sucht, ihm seine Uebereilung nicht zur Last gelegt wird. Dahingegen muß der Implorant, welcher aus einer unbestimmten Ursache, der bloßen Billigkeit wegen, die Restitution ex clausula Praetoris generali sucht, außer dem Beweiß einer erlittenen Verletzung, noch insbesondere darthun, daß er ausser Schuld sey.

§. 441.

Wirkung der gesuchten Restitution.

Wenn nun die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten wird, so muß vor der Hand alles in seinem jetzigen Zu-

Zustand bleiben, bis über das Gesuch erkannt worden ist[75]). Zu dem Ende muß nun das Restitutionsgesuch dem Gegner des Imploranten zugefertiget, und dieser mit seinen Einwendungen dagegen gehört werden. Dem Richter aber liegt ob, zu untersuchen, ob diejenigen Erfordernisse vorhanden sind, daß dem Imploranten die gesuchte Restitution zu Theil werden kann. Wird die Restitution wider ein richterliches Erkenntniß gesucht, so darf der Regel nach, vor ausgemachter Sache, auch nicht zur Execution geschritten werden[77]); es wäre denn, daß das Restitutionsgesuch auf solche Gründe wäre gebauet worden, deren Erörterung noch weit aussehend und mit vielen Weitläuftigkeiten verbunden ist, so daß es fast das Ansehen hat, als ob nur zum Aufschub der Execution die Wiederherstellung in den vorigen Stand gesucht worden sey. In diesem Falle erlaubt wenigstens das kanonische Recht[78]), die Execution gegen hinlängliche Sicherheitsbestellung vorzunehmen.

§. 442.

Wirkung der erhaltenen Restitution.

Wird nun dem Gesuch des Imploranten gemäß erkannt, so besteht die Wirkung der erhaltenen Restitution darin, daß die Sache wieder in den Zustand kommt, worin sie vor der geschehenen Verletzung war. Derjenige also, welcher in den vorigen Stand wieder eingesetzt worden

76) *L. un. Cod. in integr. restitut. postul. ne quid novi fiat.*

77) *L. 32. Cod. de Transact.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. VOET Comm. h. t. §. 25.

78) *Cap. 6. et 7. X. h. t.* MEVIUS P. III. Decis. 19. P. VII. Decis. 57. et 274. LEYSER Specim. LVII. med. 2.

ist, erhält nun entweder dadurch sein verlohrnes Recht, oder die ihm entzogene Sache wieder; oder er kann nun das noch thun, was er vor der Restitution zu thun unterlassen hatte[79]); oder er wird dadurch von einer übernommenen Verbindlichkeit befreyet. Durch die Restitution soll jedoch der Implorant nur auffer Schaden gesetzt werden, allein daß er dadurch gewinne wollen die Gesetze nicht. Hat also der Verkäufer die Restitution gegen einen nachtheiligen Kauf erhalten, so bekommt er zwar seine Sache wider, er muß aber auch das erhaltene Kaufgeld zurück geben[80]). Qui restituitur in integrum, so reskribirt Kr. Antonin an einen gewissen Tatian[81]), sicut in damno morari non debet, *ita nec in lucro:* et ideo quicquid ad eum pervenit vel ex emtione vel ex venditione. vel ex alio contractu: hoc debet restituere. Die Früchte der Sache müssen zwar auch restituirt werden[82]), jedoch können dagegen auch die Zinsen des Geldes, welches dem andern Theile wieder herausgegeben werden muß, gefordert werden[83]); in sofern nicht etwa deshalb eine verhältnißmäßige Compensation

79) *L. 7. §. 11. D. de Minorib.* Item si non provocavit intra diem, subvenitur ei, *ut provocet*; finge enim hoc desiderare. *L. 2. Cod. si ut omiss. hereditat. L. 8. Cod. de in int. restitut. minor.*

80) *L. 27. §. 1. D. de minorib.*

81) *L. un. C. de reputationib. quae fiunt in iud. in int. rest.*

82) *L. 23 §. 2. L. 28. §. ult. D. Exquib. caus. maior. L. 24. §. 4. D. de minorib. L. 27. §. 1. D. eodem.*

83) *L. 27. §. 1. D. de minorib.* Venditor, qui pretium reddidit, etiam *usuras, quas ex ea pecunia percepit, aut percipere potuit*, reddat; et *fructus*, quibus locupletior factus est iuvenis, recipiat.

tion Statt findet[84]; und eben so sind die auf die Sache verwendeten nothwendigen und nützlichen Unkosten zu vergüten[85], welche nicht auf die von der Sache gezogenen Früchte abgerechnet werden können[86]. Ueberhaupt, sagt Ulpian[87], muß die Restitution auf eine solche Art geschehen, daß ein jeder das Seinige wieder bekommt. Nur dann ist Implorant seinen Gegner zu entschädigen nicht schuldig, wenn er durch das, was dieser für die zu restituirende Sache gegeben hat, nicht reicher worden ist[88]. Z. B. mir ist die Sache unentgeldlich abgezwungen worden, welche der Extorquent dem Dritten verkauft hat, wider welchen ich die Restitution ex causa metus erhalten habe. Hier muß mir die Sache unentgeldlich herausgegeben werden, wenn gleich der Beklagte in bona fide ist[89]. Ebenso muß den Gläubigern, wenn sie wegen einer zu ihrem Nachtheil geschehenen Veräusserung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten haben, die von dem Schuldner veräusserte Sache mit

84) *L. 40. §. 1. D. de minorib.* Praedia patris sui minor annis viginti quinque ob debita rationis tutelae aliorum, quam pater administraverat, in solutum inconsulte dedit. Ad suam aequitatem per in integrum restitutionem revocanda res est; *usuris pecuniae*, quam constiterit ex tutela deberi, *reputatis*, et *cum quantitate fructuum perceptorum compensatis.*

85) *L. 39. §. 1. D. eodem.* Aufwand zum Vergnügen wird nicht vergütet. *L. 32. §. 5. D. de administr. et peric. tutor.*

86) DOMPIERRE h. t. §. 47. POTHIER Pandectae Iustinian. T. I. Lib. IV. Tit. 4. nr. LVI.

87) *L. 24. §. 4. D. de minorib.*

88) *L. 32. §. 4. D. de administr. et peric. tutor.*

89) *L. 23. C. de Rei vindicat. L. 2. Cod. de furt.* LAUTERBACH Colleg. Pand. Lib. IV. Tit. 2. §. 31.

den Früchten zurück gegeben werden, ohne dem Besitzer dasjenige, was er dafür gegeben, vergüten zu dürfen, wenn nicht etwa das Kaufgeld noch unter dem Vermögen des Schuldners befindlich, oder aber zum Nutzen desselben verwendet worden ist[90]). Da durch die Restitution die Sache wieder in den Zustand kommt, in welchem sie sich vor dem nachtheiligen Geschäft befand, so wachen nun auch die vorigen Klagen wieder auf, die durch den aufgehobenen Vergleich waren niedergeschlagen worden[91]); so wie auch, wenn ein Minderjähriger gegen eine Expromission in den vorigen Stand gesetzt wird, dem Gläubiger die Klage gegen den vorigen Schuldner wieder zusteht, von welcher er durch die Expromission war befreyet worden[92]); wenn gleich diese Klage nur temporell war, sie muß nur aber freylich binnen der Zeit angestellet werden, welche zur Zeit der geschehenen Intercession dem Gläubiger noch übrig war[93]). Allein daß dem Gegner die Proceßkosten jederzeit erstattet werden müßten, ist keine nothwendige Folge der Restitution, wie Wernher[94]) behaupten will; sondern dieses findet nur dann Statt, wenn gegen die Versäumniß einer Nothfrist, oder gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß die Restitution ertheilt

90) *L. 7. et 8. L. 10. §. 20. L. ult. §. 4. D. Quae in fraud. creditor.*

91) *L. 1. et 2. Cod. Si adverf. transact.* Vid. *Aem. Lud.* HOMBERCK *zu Vach* Diff. de reviviſcentia iurium extinctorum. (*Marb.* 1743.) Cap II. §. 22. ſqq.

92) *L un. §. 1. Cod. de Reputation. quae fiunt in iudic. reſt. in integr.*

93) *L. ult. D. de minorib.*

94) Obſervat. for. T. I. P. IV. Obſ. 113.

theilt worden ist[95]). Ausser diesem Falle kein Grund vorhanden, warum das Restitutionsgesuch, welchem sich der Gegner vielleicht aus Chikane, oder doch ohne hinreichenden Grund widersetzt hatte, blos auf Kosten des Verletzten durchgesetzt werden sollte, wenn zumal die Läsion durch eine widerrechtliche Handlung des Beklagten, wie bey der Restitution ex causa metus oder doli, wäre verursacht worden.

§. 443.

In wiefern kommt die Restitution dem Successor des Verletzten zu statten? Wider wen kann dieselbe gesucht werden?

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist keine blos persönliche Rechtswohlthat, die sich nur etwa auf die Person desjenigen einschränkt, welcher die Läsion selbst erlitten hat, sondern sie kommt auch denen zu statten, welche in desselben Rechte eintreten. In dieser Rücksicht kann ich denjenigen Rechtsgelehrten[96]) nicht unrecht geben, welche die Restitution für ein beneficium reale halten[97]). Denn sie wird 1) auch den Erben des Verletzten zu Theil[98]), wenn gleich

95) LEYSER Spec. LVII. med. 3.

96) *Petr. de* TOULLIEU Collectan. iur. civ. Diss. XV. p. 378. sq. SCHMID Diss. de restitutione in integrum num sit beneficium reale, an personale. *Ienae* 1777. §. 4. sqq. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 813. Anderer Meinung ist zwar VINNIUS in select. iur. Quaestion. Lib. I. cap. 11. Es lassen sich jedoch diese verschiedene Meinungen wohl vereinigen, wie ich in meiner Diss. de vita petendae restitut. in integr. Cap. I. §. 4. (*Opusc.* Fasc. II. pag. 283. sqq.) gezeigt habe.

97) *L. 196. D. de Reg. iur. L. 7. pr. et* §. 1. *D. de Except.*

98) *L. 6. D. h. t.* Non solum minoris, verum eorum quoque omnium, qui reipublicae causa abfuerunt, item *omnium, qui*

gleich der Verstorbene sie bey seinem Leben nicht gesucht[99]), auch der Erbe diejenige Eigenschaft nicht hat, wodurch das Recht, Restitution zu suchen, in der Person des Erblassers begründet wurde. Z. B. der Erbe des Minderjährigen kann wegen einer Läsion seines Erblassers die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn er gleich für seine Person großjährig ist[100]). Es muß nur aber freylich der Verstorbene nicht etwa bey seinem Leben schon erklärt haben, daß er sich dieser Rechtswohlthat nicht bedienen wolle[1]), welches jedoch

ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt: et ita saepissime est constitutum. Sive igitur *haeres* sit, sive is, *cui hereditas restituta est*, sive *filii familias militis successor:* in integrum restitui poterit. Es ist merkwürdig, daß nach diesem Gesetz, wie die nachfolgenden Worte desselben lehren, auch ein Patron, wenn er einen minderjährigen Freygelassenen seiner begangenen Undankbarkeit wegen in die Sklaverey zurückgezogen, gegen eine von demselben, während seiner Freyheit, geschehene Antretung einer verschuldeten Erbschaft die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen konnte, und daß ihm diese Wohlthat auch sogar alsdann zu statten kam, wenn gleich der Freygelassene nicht mehr minderjährig gewesen. Denn da der Patron nicht um der Erbschaft willen, sondern blos um den Freygelassenen zu bestrafen, sich seines Rechts bedient hatte, so konnte man ihm auch nicht zumuthen, diese Erbschaft zu behalten. S. SCHULTING in Prot. Dig. h. t. §. 4.

99) *L. 14. §. 2. D. Quod met. cauf. L. 5. Cod. de temp. in int. restitut.* HOFACKER c. l. §. 813.

100) *L 18. §. 5. D. de minorib.* Non solum autem minoribus, verum *successoribus* quoque *minorum* datur in integrum restitutio, *etsi sint ipsi maiores.*

1) WERNHER Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 239. nr. 4. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 16.

doch im Zweifel nicht vermuthet wird, und daher von dem Gegner erst erwiesen werden muß [2]); und dann muß auch bey Lebzeiten des Verletzten die Zeit noch nicht verstrichen seyn, binnen welcher die Restitution gesucht werden muß [3]). Denn nur die Zeit, die dem Erblasser noch übrig war, kommt dem Erben desselben zu gute, und diese nimmt in dem Falle, da der Erbe noch minderjährig ist, erst mit dem Tage der erlangten Großjährigkeit, bey einem andern Erben aber mit dem Tage, da er die Erbschaft angetreten hat, ihren Anfang [4]). Die Restitutionswohlthat kann ferner 2) cedirt werden [5]). Dies ist erstens in Ansehung derjenigen Restitution, welche den Großjährigen wegen erlittenen Zwangs, oder wegen eines Betrugs, oder wegen der Abwesenheit, oder sonst einer andern Ursache wegen ertheilet wird, ausser allem Zweifel [6]). Wenn ich daher die Sache oder das Recht, in Ansehung dessen ich die Läsion erlitten habe, und wegen welcher mir die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht, einem Andern durch Kauf, Schenkung, oder Vermächtniß u. dergl. überlassen habe, so geht auch die Restitutionswohlthat auf denselben über, quia cedens omne ius

2) CARPZOV Resp. Lib. II. Resp. 98. nr. 19. sqq. ist zwar anderer Meinung; allein man sehe SCHMID cit. Diss. §. 6.

3) *L. un. Cod. Si adverſ. dotem.*

4) *L. 19. D. de minorib. L. 5. Cod. de tempor. in integr. reſtitut.* KOCH Diss. de praescriptione restitutionis in integr. §. 3. pag. 24.

5) ODDUS Tr. de Restitut. in int. P. I. Qu. XLIX. nr. 22. STRYK Diss. de iuribus et actionib. non cessibilibus Cap. V. §. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 813. nr. IV.

6) DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 6.

ius suum in cessionarium transtulisse intelligitur[7]). Es findet aber auch zweytens die Cession bey der Restitution der Minderjährigen wenigstens in sofern Statt, daß der Cessionar dieselbe als ein Procurator in rem suam suchen kann[8]). Zu dieser Cession ist sogar der Minderjährige verbunden, wenn er sich den Geschäften eines Großjährigen ohne Auftrag unterzogen, und diesen dadurch in Schaden gebracht hat[9]). Endlich kommt auch 3) die Restitution den Bürgen

7) SCHMID cit. Diss. §. 8.

8) Auf eine solche Art kann also die Cession der Restitutionswohlthat von dem Minderjährigen nicht geschehen, daß der Cessionar deßhalb in eigenem Namen klagen könnte, so wie sonst eigentlich ein Cessionar nach der Verordnung des Kr. Pius actione utili klagen kann, *L. 16. D. de pact.* weil diese Rechtswohlthat in einer besondern Begünstigung des minderjährigen Alters ihren Grund hat. *L. 1. D. de minor.* welcher Grund bey einem Großjährigen wegfällt. *L. 69. D. de Reg. iur.* Allein auf die Art geht die Cession an, wenn der Minderjährige dem Großjährigen Vollmacht giebt, damit dieser im Namen des Minderjährigen, und als ein Procurator in rem suam, die Restitution suche. *L. 24. pr. D. de minorib.* Daher sagt *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. ganz richtig, beneficium restitutionis, quo datur minori, potius *mandari*, quam *cedi;* wie auch die *L. 25. in fin. D. de administr. et peric. tutor.* nicht undeutlich anzeigt. Man sehe *Io. Dan.* GRUBER Diss. de actionibus mandatis. *Halae* 1723. §. 15. und meine Diss. de vita pet. restitut. in int. praetor. Cap. I. §. 4. not. 44.

9) *L. 24. pr. D. de minorib.* Zuweilen kann man sich gegen den Minderjährigen mit der exceptione doli helfen, um die Cession seiner Rechtswohlthat von ihm zu erhalten. *L. 25. D. de administr. et peric. tutor.*

gen zu statten [10]), nicht nur wenn der Hauptschuldner solche wirklich erhalten, und hierdurch von seiner Verbindlichkeit befreyet worden ist; weil es widersprechend seyn würde, den Bürgen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit anhalten zu wollen, welche nicht mehr vorhanden ist [11]); sondern es kann sich der Bürge auch derjenigen Einreden, die dem Hauptschuldner wegen der Restitution zustehen, von selbst bedienen, wenn gleich der Schuldner die ihm deswegen zustehende Restitution weder gesucht hätte, noch suchen wollte. *Rei* autem *cohoerentes exceptiones*, sagt Paulus [12]), etiam *fideiussoribus* competunt; ut rei iudicatae, *doli mali*, iurisiurandi, *quod metus causa factum est.* — Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra Senatusconsultum quis fideiusserit, aut *pro minore viginti quinque annis circumscripto.* Quodsi deceptus sit *in re*, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio; und Marcian [13]) setzt noch hinzu: Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque, *etiam invito reo*, competunt. Ein anders wäre freylich, wenn die ganze Intercession blos zu dem Ende geschlossen worden, um den Gläubiger auf den Fall zu sichern, wenn sich der Hauptschuldner der Rechtswohlthat der Restitution bedienen sollte. Hier würde es höchst unbillig seyn, wenn

10) *Lud. Iul. Frid.* HOEPFNER Diss. de effectu restitutionis in integrum quoad fideiussorem. *Giessae* 1771. SCHMID cit. Diss. §. 13. sqq.

11) S. Hr. Prof. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 113.

12) *L. 7. §. 1. D. de Exception.*

13) *L. 19. D. eodem.*

wenn man den Bürgen zum Nachtheil des Gläubigers von seiner Verbindlichkeit freysprechen wollte, da der Schuldner, auf dessen Bestes die Anordnung der Gesetze nur abzielt, doch immer gedeckt bleibt, folglich der Absicht des Gesetzgebers in keinem Betrachte zuwider gehandelt wird, der Bürge aber dem Gläubiger eben dafür zu haften angelobet hat, daß wider ihn von der bürgerlichen Ungültigkeit des Hauptgeschäfts kein Gebrauch gemacht werden soll[14]). Dies ist besonders der Fall bey dem Bürgen eines Minderjährigen, welcher, wie Papinian sich ausdrückt[15]), *contemplatione iuris Praetorii*, quod potuit auxilio minori esse, fidejubirt hat, und dies ist wenigstens alsdann immer zu vermuthen, wenn der Bürge die wahre Beschaffenheit der Hauptschuld, oder die persönliche Eigenschaft des Schuldners gekannt, und nichts desto weniger die Intercession übernommen hat[16]). Ich werde hiervon in dem Titel de minoribus ausführlicher handeln.

§. 443.

Wider wen wird die Restitution gesucht?

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird nun eigentlich wider denjenigen gesucht, durch welchen man verletzt worden ist; der Beklagte muß nur nicht eine solche Person seyn, welcher man Ehrerbietung schuldig ist. Denn es wäre unschicklich, einer solchen Person den Vorwurf zu machen, daß man von ihr verletzt oder vervortheilt worden sey.

14) Weber a. a. O. S. 527. ff.

15) *L.* 95. §. 3. *D. de Solution.*

16) *L.* 13. *D. de minorib.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 813.

sey. Daher werden Kinder gegen ihre Eltern mit dem Restitutionsgesuch nicht gehört. Unter den ältern römischen Rechtsgelehrten [17]) waren zwar hierüber die Meinungen getheilt; allein Justinian [18]) entschied diesen Streit in einer von den 50 Decisionen, welche folgendermaßen lautet: Cum apud veteres dubitabatur, an liberi parentes suos, vel liberti patronos in querimoniam deducere possent, quasi non rite in eos versatos: quidam existimabant, nullam esse contra huiusmodi personas in integrum restitutionem; pudore naturali, vel patronali reverentia huiusmodi petulantiae refragante, nisi vel ex magna causa, vel adversus turpem eorum personam. Alii autem personarum quidem vel causae distinctionem respuendam esse censuerunt; tunc autem tantummodo dandam esse restitutionem putaverunt, cum minor ex sua simplicitate se deceptum, non ex dolo patris, vel patroni circumscriptum esse diceret. *Sed ut maneat in omnibus honor parentibus et patrono illibatus atque intactus;* sancimus, *nullo modo neque adversus paren-*

17) Man sehe z. B. die *L. 27. in fin. D. de minorib.* wo Cajus behauptet, die Restitution könne auch gegen diejenigen gesucht werden, quorum de dolo agere non permittitur. Nun findet bekanntermaßen gegen Eltern und Patronen die actio doli nicht Statt. *L. 11. D. de dolo malo.* Die nachfolgenden Worte *nisi quaedam personae speciali lege exceptae sint* sind unstreitig ein Zusatz vom Tribonian, wie schon *Em.* MERILLIUS in Exposit. in L. Decision. Iustin. Nr. XLIII. pag. 120. *Franc.* RAGUELLUS Comm. ad Constitut. et Decision. Iustin. pag. 105. *Io.* STRAUCH ad L. Decis. Iustiniani Exercit. III. cap. I. nr. 43. u. a. m. bemerkt haben.

18) *L. ult. Cod. qui et adverf. quos in integr. restit. non poss.*

parentes utriusque sexus, neque adversus patronum dari restitutionem: nam personarum reverentia omnem eis excludit restitutionem; cum procul dubio sit, etiam ipsas personas cavere, ne quid suae opinioni contrarium existat. Verschiedene Rechtsgelehrten [19]) wollen nun zwar diese Verordnung blos auf diejenige Restitution einschränken, welche wegen der Minderjährigkeit gesucht wird, und glauben, daß aus solchen Ursachen, aus welchen Großjährige die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen können, das Wiederherstellungsgesuch auch selbst gegen die Eltern wenigstens in sofern nicht unzulässig sey, daß eine actio in factum angestellet werden könne. Es läßt sich aber diese Meinung mit der Allgemeinheit des gesetzlichen Grundes nicht füglich vereinigen, wie schon von andern [20]) hinlänglich gezeigt wor-

19) Auſſer Bartolus und Baldus hat dieſe Meinung unter den neuern Rechtsgelehrten beſonders *Io. Henr.* BERGER in Enarrat. L. 2. Cod. qui et adverſ. quos in integr. reſtit. non poſſ. qua utrum et quatenus liberi geſta parentum impugnare queant, expenditur. *Lipſiae* 1705. 4. zu behaupten geſucht. Man ſagt, es ſey nicht glaublich, daß Juſtinian durch ſeine Conſtitution die *L.* 11. *D.* und *L.* 5. *C. de dolo malo* habe aufheben wollen. Allein andere laſſen aus dieſem Grunde zwar eine actionem in factum wider die Eltern zu, welche aber nicht, wie die Reſtitution, auf eine Reſciſſion des mit den Eltern geſchloſſenen Geſchäfts, ſondern blos auf Entſchädigung gerichtet werden kann. S. SCHAUMBURG Comp. iur. Digeſt. h. t. §. 13. BOEHMER iur. Dig. Lib. IV. Tit. 3. §. 8. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 814. Dieſer Meinung iſt auch unſer Verf. not. n.

20) S. *Ant.* FABER Rational. ad L. 3. §. 5. D. de minorib. DOMPIERRE Spec. de Reſtitut. in integr. h. t. §. 13. *Gottl.* LEISTEN Diſſ. de reſtitutione in integrum ob reverentiam denegata, praeſ.

worden iſt. Soviel iſt indeſſen gewiß, daß das Geſetz nur von leiblichen Eltern ſpricht[21]), es wird auch dabey vorausgeſetzt, daß die Eltern das Geſchäft mit den Kindern ſelbſt geſchloſſen haben, und das gegen ſie, als Eltern, die Reſtitution verlangt werde. Es findet daher gegen den Dritten, mit welchem die Eltern das nachtheilige Geſchäft geſchloſſen haben, die Reſtitution allerdings Statt[22]); und nach einer neuern Verordnung des Kr. Juſtinians[23])

praeſ. *Io. Henr.* BERGERO *Vitemb.* 1695. def. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius contr. h. t. Qu. 8. not. e.

21) Gegen Adoptiv- und Stiefeltern findet die Reſtitution Statt. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LVII. medit. 1.

22) *L.* 2. *C. Si adverſ. donat. L.* 2. *Si adverſ. rem. iud. L. ult.* §. 2. *C. de bon. quae lib.* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8.

23) *Nov. CLV. Cap.* 1. — Quoniam facta noſtra ſanctio (*L. ult. C. qui et adverſ. quos*) nullam mentionem facit earum mulierum, *quae, ſuscepta filiorum ſuorum tutela, ſecundas amplexae ſunt nuptias:* non liceat *Auxentiae*, eam ſacram noſtram ſanctionem perperam in uſum deſumere. — Summam itaque licentiam habere *Martham* (die Tochter der Anxentia, über welche dieſe die Vormundſchaft geführt hatte) ſancimus, ut reſtitutionis in integrum iure utatur: ſacra ſanctione a nobis propoſita, quae ſancit, *ne filii contra parentes ſuos poſſint reſtitutionis in integrum iure uti*, neutiquam ipſi obiicienda, propterea quod nihil Lex de his diſputet, *quae filiorum ſuorum tutelam ſuſceperunt.* — Unde omnibus modis hoc etiam caſu convenit, ut ſi *Martha* comprobaverit, non praeteriiſſe ea tempora, in quibus reſtitutoriae ipſi actiones competunt, tam reſtitutione in integrum utatur, quam omnibus aliis, per quae leges noſtrae minoribus aetate opem et auxilium praebent. Wenn nun der Kaiſer noch hinzufügt: Sancit etenim noſtra potentia, ut omnis reve-

ist es den Kindern erlaubt, gegen ihre Mutter, als gewesene Vormünderin, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen, wenn sie besonders durch ihre Wiederverheyrathung, zu welcher sie gegen ihr Versprechen geschritten, die Kinder in Schaden gebracht hat.

Zuweilen kann die Restitution auch gegen den dritten Besitzer der Sache gesucht werden. Dies findet Statt, 1) wenn die Restitutionsklage eine actio in rem scripta ist, wie

reverentia, quae parentibus debetur a liberis, item honor, atque obsequium parentibus conservetur: *dum tamen nihil ab ipsis in illorum detrimentum fiat;* so glaubt zwar VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. Justinian habe hierdurch das alte Recht wieder hergestellt. Allein daß der Kaiser die *L. ult. C. Qui et adv. quos* nicht habe aufheben wollen, erhellet aus dem Vorhergehenden. Es sind diese letztern, wenn gleich allgemein gefaßten, Worte nur von dem Falle zu verstehen, wovon die Nov. 155. spricht, wie schon DOMPIERRE Specim. cit. h. t. §. 14. gegen Voet erinnert hat. Mehrere Rechtsgelehrte wollen jedoch die Verordnung dieses Gesetzes auf alle Mütter ausdehnen, welche zur zweyten Ehe geschritten sind, weil sich insgemein die Gesinnungen der Mütter gegen die Kinder der ersten Ehe durch Eintritt eines Stiefvaters zu ändern pflegen; plerumque enim, sagt die *L.* 22. *C. de administrat. tutor.* novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt. S. GIPHANIUS in Comm. ad L. 2. C. Qui et adverf. quos. pag. 110. und BERGER in Enarrat. L. 2. cit. §. 38. Allein das Gesetz redet ausdrücklich nur von solchen Müttern, die die Vormundschaft über ihre Kinder geführt haben, und der Grund desselben beruhet in der Pflichtvergessenheit, zu welcher selbige durch ihre anderweite Verehelichung verleitet worden sind. S. LEISTEN cit. Diff §. 24. und SCHULTING ad Prota Pand. Lib. IV. Tit. 4. §. 14.

wie die *actio quod metus causa.* 2) Wenn dem Verletzten eine wirkliche Realklage gestattet wird, wie z. B. den Minderjährigen, wenn ihnen daran gelegen ist, die veräußerte Sache in Natur wieder zu erhalten, oder sonst kein anderes Mittel der Entschädigung übrig ist[24]). 3) Wenn das durch Verjährung oder sonst verlohrne Recht, welches man durch die Restitution wieder zu erhalten sucht, ein dingliches Recht ist, z. B. ein Eigenthums- oder Erbrecht. Daher ist die actio rescissoria bald eine Real- bald eine Personalklage[25]), wie ich am gehörigen Orte zeigen werde. Hieraus erhellet, daß die Restitutionsklage nicht in jedem Falle wider den dritten Besitzer der Sache Statt finde, wie Pothier[26]) behauptet, der nur die actionem doli ausnimmt.

24) *L. 13. §. 1. L. 14. D. de minorib.*

25) HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 856.

26) Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. IV. Die *L. 5. D. h. t.* Nemo videtur exclusus (eigentlich *re exclusus*, wie *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Lib. IV. §. 1. mit Beystimmung der Basiliken lieset; und *re exclusus* ist so viel als actione exclusus. wie ich in meiner Diss. de vita pet. Restitut. in int. praet. §. 20. not. 44. *Opusc.* Fasc. II. p. 401. gezeigt habe), quem Praetor in integrum se restituturum pollicetur, worauf sich POTHIER beziehet, beweißt seine Meinung nicht, sondern will nur so viel sagen, daß derjenige, welcher nach der Subtilität des strengen Civilrechts seine Klage verlohren, dennoch vermöge der Fiction des prätorischen Rechts als ein solcher anzusehen sey, dem seine Klage noch zustehe, weil der Prätor die Verjährung, oder wodurch sonst die nach dem strengen Rechte erloschene Klage verlohren gieng, als nicht geschehen, wieder aufhebt, und alles wieder in den Stand setzt, worin die

Lib. IV. Tit. II,

Quod metus cauſa geſtum erit.

§. 444.

Urheber des Edicts: *Quod metus cauſa.* Erläuterung des Ulpianiſchen Begriffs von der Furcht. Prüfung der Hellfeldiſchen Theorie von der Wirkung der Furcht bey rechtlichen Geſchäften.

Die erſte in dem Edict des Prätors beſonders beſtimmte Urſache der Reſtitution iſt Furcht und Zwang, wodurch Jemand zu einem nachtheiligen Geſchäft genöthiget worden iſt. Von dieſer ſagt der Prätor: *Quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo.* So hat uns nun zwar **Ulpian**[27]) die Worte des Edicts aufbehalten, allein die eigenen Fragmente aus den Schriften **Ulpians** in dieſem Titel lehren, daß das Edict bey weiten nicht vollſtändig dargeſtellt ſey. **Heineccius**[28]) ergänzt daher folgendes: *Sed ſi quid per metum ablatum eſſe dicetur, neque ea res arbitrio iudicis reſtituetur, intra annum, quo primum experiundi poteſtas erit, in quadruplum, poſt annum in ſimplum, cauſa cognita, iudicium dabo. In heredem quoque, quatenus ad eum pervenit, actionem dabo.* Ueber

den

die Sache ſich befand, ehe die Urſach, die den Verluſt der Klage wirkte, eintrat. S. NOODT Comm. ad Pand. h. t. circ. fin. (T. II. *Oper.* pag. 106.) und FABER Rational. ad L. 5. D. h. t.

27) *L. 1. D. h. t.*

28) Opuſcul. poſtum. in quib. hiſtoria Edictor. Edictique perpet. continet. *Halae* 1744. pag. 400. ſqq.

den Urheber dieses Edicts sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Noodt[29]), dem auch Schulting[30]) folgt, eignet es einem gewissen Prätor Cassius zu, von welchem Ulpian[31]) sagt): Metus causa exceptionem CASSIUS non proposuerat, contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilius postea visum, et de metu opponere exceptionem. Ob es jener Lucius Cassius sey, dessen Tribunal bey Valerius Maximus[32]) scopulus reorum genennt wird, oder ein anderer, ist nicht gewiß. Man glaubt indessen, der Prätor Lucius Cassius, von dem auch Cicero[33]) rühmt, daß seine strenge und unbestechliche Justizverwaltung den Namen der Cassianischen Richter veranlaßt habe, sey eben derjenige, dessen Ulpian gedenkt. Andere[34]) meinen jedoch theils in der angeführten Stelle Ulpians, theils in dem Character jenes strengen Richters, woraus sich immer eher Anhänglichkeit an das strenge Recht, als Stimmung für Billigkeit folgern läßt, einen Beweis des Gegentheils gefunden zu haben, und halten daher vielmehr den Prätor Lucius Octavius,

29) De forma emendandi doli mal. cap. 16.

30) Enarrat. part. pr. Pand. h. t. §. 1.

31) *L. 4. §. 33. D. de doli mali et met. except.*

32) *Lib. III. Cap. VII. §. 9.*

33) *Orat. pro Rosc. Amerin. Cap.* 30.

34) GUNDLING lib. sing. de efficientia metus, tum in promissionib. liber. gent. tum etiam hominum privator. auxiliisq. contra metum. (*Halae* 1711. 4.) Cap. III. §. 4. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de exceptione metus iniusti in statu naturali et civ. *Halae* 1720. Cap. II. §. 3. *Christ. Gottl.* BIENER Histor. iur. civ. de restitutionib. in integrum Cap. VI. pag. 29. sqq.

der auch im Jahr 678 das Consulat verwaltete, für den Urheber des Edicts *quod metus causa*. Nun wird zwar allerdings in einer gewissen Stelle des Cicero [35]) die Klage aus diesem Edict ausdrücklich *formula Octaviana* genennet; allein deßwegen kann man doch, wie ich glaube, dem Cassius nicht allen Antheil daran absprechen, denn ohne Grund gedachte Ulpian seiner bey der exceptione metus causa gewiß nicht. Ich stelle mir daher die Sache so vor. Der Prätor Cnejus Octavius, den Cicero [36]) seinem Bruder Quintus zum Muster vorstellt, führte zwar zuerst zu Gunsten derjenigen eine Klage ein, welchen durch Furcht und widerrechtlichen Zwang etwas von dem Ihrigen entzogen worden; allein diese Klage gab er dem Verletzten nur gegen denjenigen selbst, der ihn in Furcht gesetzt, oder die Gewalt verübt hatte [37]). Der Prätor Cassius hingegen dehnte diese Klage in seinem Edict nicht nur auf alle Fälle aus, wo Jemand durch Furcht und erlittenen Zwang in Schaden gesetzt worden, sondern verstattete

35) *Orat. in Verrem III. cap. 65.* Postulavit. (sc. *C. Gallius*, Senator.) a *L.* METELLO, Praetore, ut ex edicto suo iudicium daret in *Apronium*, quod per vim aut metum abstuliſſet: quam *formulam Octavianam* et Romae METELLIUS habuerat, et habebat in provinciis.

36) *Epist. ad Quint. Fratrem. Lib. I. Ep. 1. nr. 7.* His rebus nuper *Cn.* OCTAVIUS jucundissimus fuit, apud quem primus lictor quievit, tacuitque accensus: quoties quisque voluit, dixit, et quam voluit diu. Quibus ille rebus fortasse nimis lenis videretur, nisi haec lenitas illam severitatem tueretur. *Cogebantur Sullani homines, quae per vim et metum abstulerant, reddere.*

37) Dies läßt sich aus beyden Stellen des Cicero schließen.

stattete auch sogar dieselbe gegen den dritten Besitzer der durch Furcht abgezwungenen Sache. Nur hatte dieser Prätor noch keine exceptionem metus causa eingeführt, weil er die exceptionem doli für hinreichend hielt. Da jedoch diese Einrede nur personell war, so wurde in der Folge auch die Exception wegen der Furcht gegen einen jeden Dritten verstattet [38]).

Die Begriffe von Furcht und Zwang sind zwar an einem andern Orte dieses Commentars (§. 300.) schon vorgekommen, es verdient indessen allerdings bemerkt zu werden, wenn **Ulpian** [39]) bey den Worten des oben angeführten Edicts erinnert, daß sie ehemals so gelautet hätten: *Quod vi, metusve causa*, mit der Erläuterung: *vis* enim fiebat mentio, propter necessitatem impositam, contrariam voluntati: *metus*, instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione. Wenn **Ulpian** hier zwischen instans und futurum periculum unterscheidet, so versteht er ohne Zweifel unter *periculum instans* eine nahe, unter *periculum futurum* aber eine entferntere Gefahr. Da indessen beydes ein bevorstehendes Uebel anzeigt, nam praesentis mali nullus est metus, wie **Cujaz** [40]) hierbey sehr richtig bemerkt hat; so besteht der Unterschied zwischen *vis* und *metus* nach **Ulpian** eigentlich darin, daß erstere die wirkliche Zufügung eines Uebels ist, wodurch man den Andern nöthiget, etwas zu thun, was er sonst unterlassen haben würde; die Furcht hingegen in der bangen Er-

38) Man sehe HEINECCIUS in Opuscul. postum. pag. 398. und POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. I. Not. a.

39) *L. 1. D. h. t.*

40) Commentar. ad h. Tit. Pandect. in princip.

wartung eines bevorstehenden Uebels bestehet, wie Cicero[41]) sagt; oder eigentlich die Verabscheuung eines künftigen Uebels ist. Hiernach müssen also auch die von mir oben (§. 300.) nicht bestimmt genug angegebenen Begriffe berichtiget werden[42]). Salvius Julianus hat jedoch das Wort *vis* in dem edicto perpetuo weggelassen, wie Ulpian[43]) hierbey bemerkt, und zwar darum, quia, quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur.

Wenn nun der Prätor in seinem Edict sagt: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*, so entstehet die Frage, von welchen Geschäften hier eigentlich die Rede sey, und welche daher dieser Prätorischen Restitution bedürfen? Die Ausleger des röm. Rechts sind daher verschiedener Meinung[44]). Unser Verfasser hat folgende Theorie. Das durch Furcht erzwungene Geschäft gehört entweder zu den Contracten, oder nicht. In dem letztern Falle behauptet er, daß alle Geschäfte, die keine Contracte sind, der erregten Furcht wegen nach dem röm. Recht für nichtig zu halten wären, und daher der Restitution aus diesem Edict nicht bedürften. Er rechnet dahin z. B. das Ver-

41) *Tuscul. Quaestion.* Lib. V. c. 18.

42) Man sehe hier die Berichtigungen in des Hrn. Dr. Schönemanns Bibliothek für positive Rechtswissenschaft und Diplomatik 1. Bandes 1. Stück (Göttingen 1798.) S. 24. ff.

43) *L. 1. D. h. t.*

44) Man vergleiche hier vorzüglich *Ge. Frid.* WALCH Commentat. de negotiis et actibus vi metuve extortis ex iure Rom. partim ipso iure nullis, partim a Praetore rescindendis. *Ienae* 1790.

Versprechen eines Heyrathsguts, erzwungene Testamente, und durch Furcht erpreßte vormundschaftliche Auctorität. In dem erstern Falle hingegen unterscheidet er wieder zwischen Contracten, welche bonae fidei, und solchen, welche stricti iuris sind. Bey den Contracten der erstern Art sey dem Verletzten keine Restitution nöthig, weil er sich mit der Klage aus dem Contract selbst helfen könne, es wäre denn, daß diese in einem gewissen Falle entweder gar nicht Statt finde, oder wenigstens zur vollkommenen Entschädigung des Verletzten nicht hinreiche. Allein die Contracte der letztern Art wären nach der Strenge des römischen Civilrechts gültig gewesen, wenn sie gleich durch Furcht erzwungen worden, nur für diese sey also die Restitution in diesem Edict hauptsächlich eingeführt worden.

Gegen diese Theorie finde ich jedoch folgendes zu erinnern.

1) Läßt sich nicht schlechterdings behaupten, daß alle Geschäfte, die keine Contcacte sind, nach dem römischen Rechte ohne alle Ausnahme schon an sich für nichtig zu halten wären, wenn sie durch Furcht veranlaßt worden. Die Antretung einer Erbschaft ist doch gewiß so wenig, als die Repudiation derselben, ein Contract, und doch wird in dem einem Falle, wie in dem andern, eine Restitution erfordert, wenn man dazu gezwungen worden ist. Letzteres lehrt **Paulus** [45]) ganz deutlich, wenn er sagt: Si coactus *hereditatem repudiem*, duplici via Praetor mihi succurrit; aut utiles actiones *quasi heredi* dando, aut actionem metus causa praestando. Die Worte utiles actiones *quasi heredi* dando geben deutlich zu erkennen, daß derjenige, welcher aus Zwang eine Erbschaft ausgeschlagen,

45) *L. 21. §. 6. D. h. t.*

gen, nach dem ſtrengen Rechte aufhöre, Erbe zu ſeyn, und folglich eine ſolche erzwungene Repudiation nach dem Civilrecht gelte. Eben dieſes iſt aber auch nach der Lehre des Papinians[46]) und Paulus[47]) von einer erzwungenen Erbſchaftsantretung zu behaupten. Erſter ſagt: Si metus cauſa *adeat* aliquis hereditatem: fiet, ut, *quia invitus heres exiſtat*, detur abſtinendi facultas. Noch deutlicher drückt ſich der letztere aus: Si metu coactus *adii* hereditatem; *puto me heredem effici*, quia quamvis, ſi liberum eſſet, noluiſſem, tamen coactus volus: *ſed per Praetorem reſtituendus ſum*, ut abſtinendi mihi poteſtas tribuatur. Nun ſcheint zwar dieſem Celſius zu widerſprechen, wenn ſelbiger bey Ulpian[48]) ſagt: Eum, qui metu verborum[49]), vel aliquo timore coactus *fallens adierit hereditatem*. ſive liber ſit, *heredem non fieri placet;* ſive ſervus ſit, dominum heredem non facere; allein die Worte *fallens adierit hereditatem* zeigen deutlich genug an, daß hier von einem beſondern Falle die Rede iſt, ſoviel ſich auch übrigens gegen die gemeine Erklärung, daß *fallens* hier ſoviel als ſimulans bedeute, und daher von einer blos zum Schein geſche-

46) *L.* 85. *D. de acquir. vel omitt. hereditate.*

47) *L.* 21. §. 5. *D. Quod metus cauſa.*

48) *L.* 6. § 7. *D. de acquir. vel omitt. heredit.*

49) Mehrere Rechtsgelehrte glauben, daß ſtatt verborum vielmehr *verberum* geleſen werden müſſe. S. CUJACIUS ad L. 21. §. 5 D. h. t. u. SCHULTING ad Prota Pand. h. t. § 6. Allein daß dieſe Emendation unnöthig ſey, zeigt *Io. Guil.* MARCKART in Interpretat. receptar. iur. civ. lection. lib. II. cap. 13. §. 1. pag. 253. ſq.

geschehenen Erbschaftsantretung die Rede sey[50]), einwenden läßt[51]). Ein drittes Beyspiel, wo die Regel des Verf. trügt, giebt Paulus[52]). *Si metu coactus fim*, sagt er, *ab emtione* vel *locatione discedere*, videndum est, an nihil sit acti, et antiqua obligatio remaneat: an hoc simile sit acceptilationi; quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit dum amittitur? *et magis est, ut similis species acceptilationi sit*, et ideo praetoria actio nascatur. Hier ist nicht von Schließung eines Contracts, sondern von einem Vertrage die Rede, wodurch ein abgeschlossener Consensual-Contract wieder aufgehoben wird. Daß hier der mutuus dissensus so viel gilt, als die acceptilatio bey einem Formularcontract, so lang der Contract noch nicht erfüllt ist, ist bekannt. Wenn nun aber der Vertrag, daß der geschlossene Bilateralcontract nicht gelten solle, durch erregte Furcht erzwungen worden ist? Nach Paulus Lehre ist dieser Vertrag nicht ipso iure nichtig, sondern die Verbindlichkeit des Contracts wird nach dem strengen Recht dennoch eben so gut, wie durch eine Acceptilation, aufgehoben. Emtio enim et venditio, sagt eben dieser Jurist an einem andern Orte[53]),

sicut

50) Man sehe CUJACIUS ad L. 21. §. 5. D. h. t. *Ant.* FABER Rational. ad eand. L. *Iul.* PACIUS Ἐναντιοφανων s. Legum conciliatar. Centur. II. Qu. 67. *Io. Guil,* MARCKART Interpretat. receptar. iuris civ. lection Lib. II. cap. 13. §. 1. pag. 254 *Ant.* SCHULTING ad Prot. h. t. §. 6. POTHIER Pandectae Iustinian. T. II. Tit. de acquirenda vel. omitt. hereditate Nr. XVIII. u. a. m.

51) S. DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integrum h. t. §. 1. pag. 71. sq. und WALCH cit. Diss. Sect. II. §. 18.

52) *L. 21. §. 4. D. h. t.*

53) *L. 3. D. de rescind. emt.*

ſicut conſenſu contrahitur, ita *contrario conſenſu* reſolvitur, antequam fuerit res ſecuta. Der bonae fidei ſcheint zwar freylich ein ſolcher Zwang entgegen zu ſeyn. Allein man kann ſich, ſagt Paulus, nicht mehr auf eine bonae fidei obligationem gründen, wenn ſie einmahl contrario conſenſu aufgehoben iſt[54]). Daher iſt hier die Reſtitution aus dem Edict: *quod metus cauſa* nöthig, um den aufgehobenen Contract wieder herzuſtellen. Außerdem muß ich in Abſicht auf die von unſerm Verf. zur Unterſtützung ſeiner Meinung gewählten Beyſpiele noch bemerken;

a) daß zwar das erzwungene Verſprechen eines Heyrathsguts allerdings für nichtig zu halten ſey; allein dies erhellet doch nicht aus der von ihm angeführten *L.* 22. *D. de ritu nupt.* denn in dieſer Stelle iſt blos von einer erzwungenen Ehe die Rede, und die Worte, *quod inter invitos matrimonium non contrahatur*, beweiſen nur, daß eine ſolche Ehe in der Regel nichtig ſey, wenn gleich nach dieſem Geſetz ein bloßer metus reverentialis, von welchem man die Worte: *filiumfamilias, qui patre cogente uxorem ducat, quam non duceret, ſi ſui arbitrii eſſet*, nicht unrichtig erklärt[55]), der Gültigkeit der Ehe nicht entgegen ſteht. Eigentlich hätte alſo der Verf. die. *L.* 21. §. 3. *D. h. t.* anführen ſollen, wo es heißt: Si dos metu promiſſa ſit, non puto naſci obligationem: quia eſt veriſſimum, *nec talem promiſſionem dotis ullam eſſe.* Verſteht man freylich dieſe

54) S. NOODT de forma emendandi doli mali cap. 16. (T. I. *Oper.* pag. 382.) und POTHIER Pandectae Iuſtinian. T. I. Tit. de pactis Nr. XIV. not. g.

55) Man ſehe Walch cit. Diſſ. Sect. II. §. 20. pag. 50.

se Stelle mit Noodt[56]) blos von einer erzwungenen Stipulation, denn ein simples Versprechen war auch bey einer dote zu Paulus Zeiten noch nicht klagbar, wenn solches nicht durch eine Stipulation war bekräftiget worden[57]); so dürfte zwar dieses Beyspiel mehr eine Ausnahme von der Regel seyn, die unser Verf. bey den stricti iuris Contracten annimmt, wie auch Anton Faber[58]) behauptet, als hierher gehören, wo von solchen Geschäften die Rede ist, die keine Contracte sind. Allein da vermöge der Constitution der Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. in der bekannten *L. 6. Cod. de dotis promiss.*[59]) jedes simple pactum, durch welches eine dos versprochen worden, schon an sich eine Klage wirkt, so läßt sich jene Stelle, wie viele andere Stellen in den Pandecten, bey deren Erklärung man den Sinn des römischen Juristen von demjenigen Sinn unterscheiden muß, den Justinian oder Tribonian nach der Rechtsverfassung seiner Zeiten den Worten untergeschoben hat[60]), wohl auch von einem bloßen Vertrage verstehen, zumal da sich kein rechter Grund ausfindig machen läßt, warum gerade die stipulatio dotis eine Ausnahme von der Regel gemacht haben sollte, nach welcher eine erzwungene Stipulation gilt, so lang sie nicht vom Prätor rescindirt wor-

56) De forma emend. doli mali cap. 16. in fin.

57) *L. 41. pr. et §. 1. D. de iure dot.*

58) Rational. ad §. 3. L. 21. D. h. t.

59) In der *L. 4. C. Th. de dotibus* lautet diese Verordnung so: Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus, *etiamsi dictio vel stipulatio in poilicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.* S. GOTHOFREDI Commentar. P. I. pag. 347.

60) S. diesen Commentar Th. 1. §. 35. S. 229. folg.

worden ist[61]); und auch alle übrige in der L. 21. D. h. t. angeführten Fälle so geeigenschaftet sind, daß dabey die Restitution aus diesem Edict erfordert wird.

b) Soviel die erzwungenen Testamente anbetrift, so sind zwar die Rechtsgelehrten darüber nicht einig, ob selbige schon an sich nichtig sind, oder ob solche nicht vielmehr nach dem strengen Civilrecht gültig, und daher erst durch den Prätor zu rescindiren gewesen[62]); ersteres ist indessen darum wohl unstreitig richtiger, weil theils das Wort *gestum*, dessen sich der Prätor in seinem Edict bedient, nach Ulpians Zeugniß[63]) die Testamente ausschließt, theils aber auch ein solcher Erbe, welchen der Testirer nicht hat einsetzen wollen, nach der Lehre eben dieses römischen Juristen[64]) pro non scripto gehalten wird, nicht zu gedenken, daß eine Nichtigkeit des Testaments schon daraus entsteht, wenn auch nur die Zeugen wider ihren Willen der Testamentshandlung

61) Der Grund, den VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 15. angeführt, nämlich, daß wenn eine erzwungene stipulatio dotis nach dem strengen Recht gültig gewesen wäre, die grosse Begünstigung, die für das Heyrathsgut bekanntermaßen streitet, gar leicht die Rescißion eines solchen Versprechens gehindert haben würde, scheint mir nicht befriedigend zu seyn. Denn soweit konnte der Billigkeit nach nie favor dotis ausgedehnt werden, daß der Promittent zur Erfüllung des erzwungenen Versprechens hätte verurtheilt werden können, wenn er um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bat.

62) Man sehe hier WALCH cit. Diss. §. 17.

63) *L. 20. D. de verbor. signif.*

64) *L. 2. §. 7. D. de bonor. poss. secund. tab. L. 1. Cod. si quis aliquem testari prohib. vel coegerit.* S. Westphals Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 30.

lung beyzuwohnen genöthiget worden sind[65]).

c) Daß auch die Auctorität des Vormundes schon an sich nichtig ist, wenn sie durch Gewalt erzwungen worden, sagt Ulpian[66]) in der angeführten Stelle ganz ausdrücklich, wo es heißt: Tutor si invitus retentus sit per vim, *non valet*, *quod agitur;* neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem.

2) Was die Regel anlangt, die unser Verf. bey den bonae fidei Contracten giebt, so läßt sich daraus nicht deutlich erkennen, in wiefern solche Contracte nach dem Civilrecht der Furcht wegen für ganz ungültig zu halten sind, oder nicht? Es ist daher vor allen Dingen zu unterscheiden, ob der metus causam dans, oder incidens ist, eine Eintheilung, deren ich schon an einem andern Orte dieses Commentars (4. Th. §. 300. S. 170.) Erwähnung gethan habe. Ist der ganze Contract durch Furcht veranlaßt worden, der ausserdem gar nicht geschlossen worden wäre, so ist er ipso iure nichtig; gründet sich hingegen nicht sowohl die Schließung des Contracts an sich, sondern nur die gegenwärtige Modification desselben auf erregte Furcht, so ist der Contract an sich nicht ungültig, sondern derjenige Contrahent, der dadurch verletzt worden ist, kann mit der Contractsklage bloß Schadenersatz verlangen. So lange jedoch der Contract noch nicht vollzogen ist, kann sich der Verletzte gegen die wider ihn angestellte Klage auch mit einer

65) *L. 20. §. fin D. Qui testam. facere. poss.*

66) *L. 1. §. 1. D. de auctorit. et cons. tutor. et curator.*

einer Einrede schützen[67]). Daß übrigens ein metus causam dans bey einem bonae fidei Contract eine Nichtigkeit des ganzen Contracts zur Folge hatte, erhellet, deucht mir, aus dem Rescript des Krs **Alexander**[68]) ganz deutlich, in welchem es heißt: Si pater tuus *per vim coactus domum vendidit*, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est. *Malae fidei enim emtio irrita est*; wenn man damit vergleicht, was **Ulpian**[69]) sagt: Nihil consensui tam contrarium est, *qui bonae fidei iudicia sustinet*, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est; eine Stelle, welche hierher um so mehr gehört, da sie aus eben dem *libro XI. ad Edictum* genommen ist, in welchem **Ulpian** das Edict quod metus causa erklärt hat. Steht nun also nach **Ulpians** Regel die Furcht und Gewalt derjenigen Einwilligung entgegen, welche bey bonae fidei negotiis zur Substanz derselben erfordert wird, so muß nothwendig ein solches Geschäft ganz ungültig seyn, welches durch widerrechtlichen Zwang veranlaßt wurde[70]). Die Worte: *quem comprobare contra bonos mores est*, geben uns noch einen deutlichern Beweis davon, welche sich unstreitig auf das officium iudicis beziehen[71]), und so viel sagen wollen, daß der Judex über die Einrede der Furcht erkennen, und folglich nach der Billig-

67) Man sehe hier vorzüglich WALCH cit. Diss. §. 10—13.

68) *L. 1. Cod. de rescind. vendit.*

69) *L. 116. pr. D. Reg. iuris.* POTHIER Pandect. Iustinian. T. III. Tit. de Reg. iur. Nr. 966. Not. a.

70) WALCH cit. Diss. §. 12. und DOMPIERRE Specim. de restitut. in integr. h. tit. §. 17.

71) NOODT de forma emend. doli mali cap. ult.

Billigkeit, die hier den Hauptentscheidungsgrund ausmacht, den Beklagten nicht condemniren dürfe, wenn auch gleich diese Einrede der formulae iudicii nicht beygefügt worden[72]). Ich kann daher **Voet**[73]) nicht beypflichten, welcher diese Worte so versteht, daß der Prätor ein solches bonae fidei Geschäft, welches durch widerrechtlichen Zwang veranlaßt worden, habe rescindiren können; weil es, wie **Noodt** ganz richtig bemerkt, keiner Rescission bedurfte. Daß nun hingegen ob metum incidentem der Contract an sich nicht ungültig sey, sondern der Verletzte blos auf Schadenersatz klagen könne, erhellet theils aus der Analogie vom dolus, welche hier allerdings Statt findet[74]); theils kann dieses auch aus dem Rescript des Krs **Gordian**[75]) nicht undeutlich geschlossen worden, wenn es daselbst heißt: Si adhibita vi compulsi sunt, possessiones suas, quae maiore valebant, minimo distrahere; iurisdictionis tenore, ut id, quod improbe factum est, in priorem statum revolvatur, impetrabunt.

3) In Absicht auf die Zulässigkeit der Restitution bey den bonae fidei Contracten findet zwar an sich keinen Zweifel Statt. Es überzeugt uns hiervon unter andern das Rescript des Krs **Gordian**[76]) hinlänglich, welches folgendermaßen lautet: Si vi vel metu fundum avus tuus

72) Nam exceptiones insunt bonae fidei iudiciis. *L.* 3. *D. de rescind. vendit.*

73) Comm. ad Pandect. h. t. §. 1.

74) *L.* 14. §. 13. *D. h. t. L.* 4. §. 33. *D. de doli mali et met. except.* WALCH cit. Diss. §. 13.

75) *L.* 5. *C. de his, quae vi metusve causa.*

76) *L.* 3. *Cod. eodem.*

distrahere coactus est, etiamsi maxime *emtor* eum alii vendidit: si tamen tu avo tuo heres extitisti, ut tibi, *reddito a te pretio*, restituatur, postquam placuit, *in rem quoque dari actionem*[77]), secundum formam perpetui Edicti, adito Praeside provinciae, poteris postulare. Nur ist der Unterschied zu ergänzen, den die Gesetze machen, nämlich ob die dem Restitutionsgesuch gesetzte Frist von einem Jahre, wofür jedoch nach der Analogie des neuern römischen Rechts ein vierjähriger Zeitraum zu substituiren, bereits verflossen ist, oder nicht. In dem erstern Falle kommt dem Verletzten die prätorische Klage aus dem Edict quod metus causa nur alsdann zu statten, wenn sonst keine andere Klage vorhanden ist. In dem letztern Falle hingegen kann sich der Verletzte nach seinem Gefallen der Restitutionsklage bedienen, gesetzt auch, daß er mittelst einer andern Klage das Seinige wieder erhalten könnte, wenn ihm nämlich jene vortheilhafter ist. Dieser Unterschied ergiebt sich ebenfalls aus einer Verordnung des Kr. **Gordians**[78]), welcher in einem gewissen Falle folgendermaßen rescribirt hat: Si per vim vel metum mortis, aut cruciatus corporis *venditio* a vobis extorta est, et non postea eam consensu corroborastis; juxta perpetui formam

77) *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et celebrior. Leg. Cod. pag. 85. wo er die L. 3. sehr ausführlich erklärt, versteht diese Worte von einer *actione in rem utili, quae rescissa alienatione datur.* Allein es kann auch eben so gut die *actio quod metus causa* darunter verstanden werden, die gegen jeden dritten Besitzer angestellet werden kann. S. *Maur. Guil.* BAUMANNI Divus Gordianus, s. de vita et constitutionibus M. Ant. Gordiani Imp. Exercit. I. *Lipsiae* 1792. P. II. §. 8.

78) *L. 4. C. de his, quae vi metusv. causa.*

mam edicti, *intra annum quidem agentes*, (quo experiundi potestas est) si res non restituatur, *quadrupli condemnationem referetis:* scilicet reddito a vobis pretio: *post annum* vero, causa cognita, eadem actio in simplum permittitur. *Quae causae cognitio eo pertinet, ut ita demum decernatur, si alia actio non sit.* Hiernach müssen auch die Meinungen des Noodt[79]) und Böhmers[80]) berichtiget werden, wenn ersterer behauptet, daß die actio quod metus causa nur dann Statt finde, wenn es an einer andern Klage fehlt, letzterer hingegen dem Kläger schlechthin die Wahl läßt. Schon Ulpian[81]), den Noodt selbst anführt, hätte beyde eines andern belehren können, wenn dieser sagt: Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur Praetor. — *Post annum* vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita. *In causae autem cognitione versatur, ut, si alia actio non sit, tunc haec detur.*

Nach diesen Berichtigungen wäre also die römische Rechtstheorie von der Wirkung der Furcht bey den rechtlichen Geschäften auf folgende Art zu bilden. Die Furcht ist entweder bey Schließung eines Contracts, oder bey einem andern Geschäft erregt worden, das kein Contract ist. In dem letztern Falle ist das Geschäft entweder von der Art, daß desselben Gültigkeit lediglich von der freyen Einwilligung der Interessenten abhängt, wie z. B. Ehe, Auctorität des Vormundes, Testament; oder die bloße

79) De forma emend. doli mali cap. 16. (*Oper.* T. I. pag. 382.)

80) Introduct. in ius Dig. h. t. §. 2.

81) *L. 14. §. 1. et 2. D. h. t.*

Existenz der Einwilligung ist nach dem Civilrecht zur Substanz des Geschäfts hinreichend, sie sey frey oder erzwungen, wie z. B. bey der Antretung oder Repudiation einer Erbschaft, Aufhebung eines Contracts, Entsagung eines Rechts. In diesem ersten Fall ist das durch Furcht erzwungene Geschäft schon nach dem Civilrecht nichtig, und daher keine Restitution der Prätors nöthig; in dem letztern Falle hingegen hieß es, wie Paulus[82]) sagt: quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; der Verletzte mußte also dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen. Ist nun aber die Furcht bey Schliessung eines Contracts erregt worden, so unterscheidet das röm. Recht zwischen stricti iuris und bonae fidei Contracten. Erstere waren nicht ungültig, wenn sie auch durch Furcht veranlaßt worden. Denn ihre Gültigkeit hieng blos von der Contractsformel ab, und was nicht darin ausgedrückt worden, darauf nahm man keine Rücksicht[83]). Wegen dieser Contracte wurde daher hauptsächlich die Restitution ex causa metus eingeführt[84]). Bey den bonae fidei Contracten hingegen ist der Unterschied zu machen, ob der ganze Contract durch Furcht veranlaßt worden, oder nur die gegenwärtige Modification desselben. In dem ersten Falle ist zwar der Contract schon nach dem Civilrecht ungültig, und der Verletzte kann daher auch mit der Contractsklage auf die Nichtigkeit desselben dringen. Denn diese Klage geht auf alles, was der bonae fidei d. i. der Billigkeit gemäß ist (§. 437). Allein ist der annus utilis, oder

82) *L. 21. §. 5. D. h. t.*

83) *§. 1. I. de Except. L. 5. C. de inutil. stipulat.*

84) WALCH cit. Diss. §. 11.

oder nach dem neuern röm. Rechte das quadriennium, noch nicht verstrichen, so kann sich der Verletzte auch der prätorischen Restitutionsklage bedienen, wenn ihm diese vortheilhafter ist. Nach Ablauf jener gesetzlichen Frist aber findet die Restitutionsklage nur alsdenn Statt, wenn sonst keine andere Klage vorhanden ist; z. B. der Käufer, der mich durch Furcht zum Verkauf meiner Sache nöthigte, besitzt die Sache nicht mehr selbst, und ist auch sonst ausser Stand, mich zu entschädigen. In dem letztern Falle hingegen ist der Contract an sich nicht ungültig, sondern es kann nur auf Schadenersatz geklagt werden.

Uebrigens wird freylich allemal vorausgesetzt, daß das Geschäft, wozu Jemand durch Furcht gezwungen worden ist, ein nachtheiliges Geschäft sey. Es mag nun dieses entweder in einer Veräußerung, oder in der Erlassung einer Schuld, oder in der Entsagung eines zuständigen Rechts, oder in einem Versprechen bestehen. Das Edict des Prätors findet daher keine Anwendung, wenn z. B. ein Gläubiger seinen Schuldner durch Furcht genöthiget hat, daß er das bezahle, was er wirklich schuldig war[85]). Ob aber nicht wegen der unerlaubten Selbsthülfe die Strafe der Legis Iuliae de vi Statt finde, und ein solcher Gläubiger sich seiner Forderung verlustig gemacht habe? ist eine andere Frage, welche vermöge des Decrets des Krs **Marcus** allerdings zu bejahen ist[86]).

85) *L.* 12 §. 2. *D. h t.* IULIANUS ait, eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, *hoc Edicto non teneri*, propter naturam metus causa actionis, *quae damnum exigit:* quamvis negari non possit, in *Iuliam* eum *de vi* incidisse, et ius crediti amisisse.

86) *L.* 13. *D. eod.* Man vergleiche über diese Stelle *Io. Ortw.* WESTENBERG Divus Marcus Diss. XXXIX. Die Klage, deren sich

§. 445. u. 446.

Wie muß die Furcht beschaffen seyn, welche eine gerechte Ursache zur Restitution giebt?

Die Furcht, wenn sie eine rechtmäßige Ursache zur Restitution geben soll, muß jedoch folgende Eigenschaften haben.

1) Von Seiten desjenigen, der sie erregte, muß sie eine ungerechte Furcht seyn, d. i. sie muß von einem solchen verursacht worden seyn, der nicht befugt war, den Andern in Furcht zu setzen. Es findet daher keine Restitution Statt, wenn die Obrigkeit einen Bürger durch rechtmäßige Zwangsmittel zur Erfüllung seiner Pflichten anhält, nur darf sie freylich die gesetzmäßigen Grenzen ihrer Gewalt nicht überschreiten; denn hätte sie ihre Gewalt gemißbraucht, und durch ungerechte Drohungen Geld erpreßt, so findet, wie **Pomponius** sagt, das Edict des Prätors allerdings auch gegen ein solches Verfahren der Obrigkeit Statt[87]). Jedoch ist darum die Furcht noch nicht für gerecht zu halten, daß Jemand über einem Verbrechen, z. B. Ehebruch oder Diebstahl, betreten worden ist; wenn er bey dieser Gelegenheit durch Drohung, ihn zu ent-

sich der Schuldner in einem solchen Falle bedienen kann, würde man am schicklichsten *remedium ex L. 13. D. quod metus causa* oder auch *condictionem ex decreto Divi Marci* nennen können. S. *Dompierre* h. t. §. 12. Für deren heutigen Gebrauch streiten LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 20. WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 203. α. und mehrere Rechtsgelehrte.

87) *L 3. §. 1. D. h. t.* Ein Beyspiel enthält die *L. ult. §. ult. D. h. t.* Vergl. DOMPIERRE c. l. §. 10.

entleiben, oder zu verrathen, genöthiget ward, etwas zu geben oder zu versprechen. Das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann daher in diesem Falle nicht abgeschlagen werden, nam et gestum est malo more: sagt **Paulus**[88]), et Praetor non respicit, an adulter sit, qui dedit; sed hoc solum, *quod hic accipit metu mortis illato;* genug, daß derjenige, wider welchen die Restitution gesucht wird, zu einer solchen Concussion nicht befugt gewesen ist[89]). Die Furcht muß aber auch

2) auf Seiten des gewaltsam Genöthigten nicht **eitel** sondern **gegründet** seyn[90]). Sie muß also

a) nicht etwa durch bloße Einbildung des sich Fürchtenden[91]), auch nicht durch unbestimmte Drohungen, sondern durch eine solche Drohung erregt worden seyn, welche eine bevorstehende große Gefahr für Leben, oder Gesundheit, oder Freyheit, oder Ehre mit Grund befürchten ließ, wie ich schon an einem andern Orte dieses Commentars ausführlicher gezeigt habe (§. 300.) Ob metus infamiae zur Restitution genüge, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. **Hunnius**[92]) behauptet es; allein **Voet**[93]), **Noodt**[94]), **Wissenbach**[95]), **Dompierre**[96]), **Hofacker**

Hh 5

88) *L. 7. §. 1. D. h. t.*

89) DOMPIERRE h. t. §. 11. pag. 87. und de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8.

90) *L. 6. L. 7. pr. D. h. t.*

91) *L. 9. pr. D. h. t.*

92) ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XI. Qu. 25.

93) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 12.

94) Comm. ad Pand. h. t. pag. 84. in fin.

95) Exercitat. ad Pandect. Disp. XIII. Th. 17.

96) Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 9.

Hert[97]) und andere läugnen dieses schlechterdings; dahingegen Huber[98]) zwischen einer geringen Infamie, oder die doch wenigstens durch den Richter leicht reparirt werden könnte, und zwischen einer solchen unterscheider, die einen unersetzlichen Schaden zur Folge gehabt haben würde, und in dem ersten Falle die Restitution aus dieser Ursache für unzulässig, in dem letztern hingegen solche für gegründet hält. Daß die bloße wörtliche Drohung, es wolle mich Jemand infam machen, wenn ich nicht in dies oder jenes einwilligen würde, noch keine solche gerechte Furcht begründe, weshalb die Restitution nach diesem Edict gesucht werden könne, ist wohl gewiß, weil Ehrlosigkeit nur aus solchen Handlungen entsteht, worauf die Gesetze die Infamie als Strafe gesetzt haben. So ist auch wohl Ulpian zu verstehen, wenn er sagt[99]): Nec timorem infamiae hoc Edicto contineri Allein wie wenn mir Jemand drohet, daß er mich eines infamirenden Verbrechens wegen anklagen werde, wenn ich nicht dies oder jenes thun würde? wie wenn ihm ein paar falsche Zeugen zur Seite stehen, welche die Beschuldigung augenblicklich zu beschwören bereit sind? Ich sehe voraus, oder befürchte wenigstens mit Grund, daß ich, meiner Unschuld ungeachtet, auf solche Art meine Ehre leicht verlieren könnte, und dies veranlaßt mich, in das nachtheilige Geschäft zu willigen, um der bevorstehenden Gefahr zu entgehen. Unter diesen Umständen würde die Furcht für der Ehrlosigkeit allerdings eine gegründete Ursache zur Restitution abgeben.

b) Das

97) Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 207.

98) Praelect. ad Pandect. h. t. §. 2.

99) *L. 7. pr. D. h. t.*

b) Das Uebel muß von einem solchen Menschen gedrohet worden seyn, von welchem man erwarten konnte, daß er seine Drohungen ausführen werde. Dieses muß theils aus der Beschaffenheit des Bedroheten, seinem Alter, Geschlecht und körperlichen Zustande, theils aus der Beschaffenheit und den Kräften desjenigen, welcher die Furcht verursachte, beurtheilt werden, wie bereits an dem oben bemerkten Orte (§. 300.) gezeigt worden ist. Endlich

c) muß es auch nicht in der Gewalt des in Furcht Gesetzten gestanden haben, dem bevorstehenden Uebel auf eine andere Art zu entgehen, als durch Eingehung des nachtheiligen Geschäfts. Wäre also das Geschäft keine unmittelbare Folge der verursachten Furcht gewesen, sondern ohne Zwang vollzogen worden, z. B. wenn Jemand zwar zu einem Versprechen gezwungen worden ist, solches aber nachher ohne weitere Furcht freywillig erfüllet hat: so findet deswegen keine Restitution Statt[100]). Daß übrigens auch kein bloßer metus reverentialis in Betrachtung kommt, wie unser Verf. hier noch bemerkt hat, ist schon oben (§. 300.) gesagt worden; ich füge hier nur noch hinzu, daß die Meinung derjenigen[1]), welche nach dem kanonischen Rechte ein Anders behaupten wollen, ganz ungegründet sey[2]).

§. 447.

100) *L. 2. Cod. de his, quae vi metusve causa.* HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. 836.

1) GOTHOFREDUS in not. ad L. 22. D. de ritu nuptiar. und FABER in Codice definit. forens. Lib. VI. Tit. 4. Def. 5. not. 5.

2) Man beruft sich auf das *cap. 14. X. de sponsal.* Allein daß auch nach dem kanonischen Rechte nur ein solcher metus in Betrachtung kommt, qui potest in virum constantem cadere, erhellet

§. 447.

Findet die Restitution ex causa metus blos wegen einer vis compulsivae, oder auch wegen einer vis ablativae, expulsivae, oder turbativae Statt?

Gewöhnlich erfordert man auch, wenn die Restitution ex causa metus Statt finden soll, daß die Furcht durch eine compulsive Gewalt müsse verursacht worden seyn; weil es in jedem andern Falle einer wirklich ausgeübten Gewaltthätigkeit nicht an Rechtsmitteln mangele, wodurch der Verletzte das Seinige wiedererhalten, oder sich gegen die Stöhrung Anderer in dem ruhigen Besitz seines Eigenthums Sicherheit verschaffen könne[3]). Es kann nämlich die Gewalt, in sofern man darunter die Beschränkung der Selbstthätigkeit eines Andern durch Androhung oder wirkliche Zufügung eines Uebels versteht, nach Verschiedenheit ihres Zwecks und ihrer Wirkung, von sehr verschiedener Art seyn. Sie kann entweder eine vis *ablativa*, wodurch Jemanden eine bewegliche Sache wider seinen Willen weggenommen wird; oder eine vis *expulsiva*, wodurch Jemand aus dem Besitz einer unbeweglichen Sache vertrieben wird, oder eine vis *turbativa*, wodurch man den Andern in dem ruhigen Besitz oder Quasibesitz des Seinigen stöhrt; oder eine vis *compulsiva* seyn, wodurch man den Andern nöthi-

erhellet aus dem *cap. 15. X. eodem.* ganz deutlich. S. DOMPIERRE h. t. §. 5. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 15.

3) Man sehe LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h t. §. 7. — 9 WESTENBERGII Div. Marcum Diss. XXXIX. §. 18. und DOMPIERRE Specim. cit. h. t. §. 1. pag. 69. sqq. Eben dieser Meinung ist auch unser Verfasser.

nöthiget, sich zu etwas verbindlich zu machen, oder ein Geschäft zu schließen, was er sonst entweder gar nicht, oder wenigstens nicht auf die Art, als geschehen, geschloßen haben würde. In den ersten drey Fällen einer verübten Gewalt könne nun, sagt man, von einer Restitution ex causa metus darum nicht die Rede seyn, weil es hier andere Rechtsmittel giebt, deren sich der Verletzte bedienen könne; nämlich wegen einer vis *ablativae* finde die actio de vi bonorum raptorum oder auch die Spolienklage; wegen einer vis *expulsivae* das interdictum unde vi oder auch die Spolienklage; wegen einer vis *turbativae* aber die interdicta uti possidetis und utrubi oder auch quod vi aut clam Statt. Es bleibe also nur noch die vis *compulsiva* übrig, gegen welche der Prätor die Restitution aus seinem Edicte quod metus causa ertheile. Nun gewinnt zwar diese Meinung von der einen Seite durch den Begriff, welchen **Ulpian**[4]) von der *vis* giebt, wenn er sagt, sie sey eine necessitas imposita, contraria voluntati, allerdings einigen Schein; allein auf der andern Seite sagt doch auch **Ulpian**[5]) selbst ganz deutlich, daß die Restitution auch wegen einer erlittenen vis expulsivae und turbativae gesucht

4) *L. 1. D. h. t.*

5) *L. 9. pr. D. eodem.* wo es heißt: Denique tractat, (sc. POMPONIUS) si fundum meum dereliquero, audito, quod quis cum armis veniret, an huic Edicto locus sit? et refert, LABEONEM existimare, Edicto locum non esse, et *unde vi* interdictum cessare: quoniam non videor vi dejectus, qui dejici non exspectavi, sed profugi. Aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim Edicto locum facere. Idem ait, et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices, et interdictum *quod vi aut clam*, et hoc Edictum locum habere: scilicet quoniam metu patior id te facere.

sucht werden könne, und mit den interdictis unde vi und quod vi aut clam electivisch concurrire. Daher behaupten **von Cocceji**[6]) und Herr Prof. **Emminghaus**[7]) nicht ohne Grund, daß das Edict des Prätors *quod metus causa* auch wegen einer vis vis ablativae, expulsivae und turbativae Anwendung finde, in sofern nämlich die Restitutionsklage dem Verletzten vortheilhafter seyn möchte, als das ordentliche Rechtsmittel. Diese Meinung scheint mir wegen der deutlichen Stelle des **Ulpians** zwar in sofern ausser Zweifel zu seyn, als der gesetzliche Zeitraum von vier Jahren, binnen welchen die actio quod metus causa nach dem neuern röm. Recht angestellt werden muß, wenn man die mit dieser Klage verknüpften Vortheile genießen will, (S. 439.) noch nicht verstrichen ist. Allein nach Ablauf dieser Frist findet doch, wie ich glaube, die prätorische Restitutionsklage nur alsdann noch Statt, wenn das ordentliche Rechtsmittel nicht mehr anwendbar ist. Denn **Ulpian**[8]) sagt es selbst, daß post annum die actio quod metus causa nur dann verstattet werde, *si alia actio non sit*, z. B. die ordentliche Klage ist verjährt.

§. 448.

Was stehen des erlittenen Zwangs wegen dem Verletzten für Rechtsmittel zu?

Wenn man nun also durch widerrechtlich eingejagte Furcht, oder erlittene Gewalt zu einem nachtheiligen Geschäft vermocht worden ist, so fragt sich's, was man deßhalb

6) Iur. civ. controv.. h. t. Qu. 1.

7) Ad *Coccejum* l. c. not. g.

8) *L.* 14. §. 1. *et* 2. *D. h. t.*

halb für Rechtsmittel brauchen kann? Diese Rechtsmittel sind von verschiedener Art. Man kann sich

1) auſſergerichtlich helfen, indem man Gewalt mit Gewalt vertreibt, und dadurch selbst den vorigen Zustand wieder herzustellen sucht. Nur muß dies freylich nicht erst nach Verlauf einiger Zeit, sondern sogleich (in continenti) und auf frischer That geschehen, sobald es möglich ist, einen Gehülfen zu bekommen. Es ist dieses nicht nur der bekannten Regel gemäß, die wir an mehreren Orten des römischen Gesetzbuchs[9]) finden, *quod liceat vim vi repellere, si hoc confestim, non ex intervallo fiat*; sondern es bezieht sich auch hierauf die Frage, welche **Ulpian** *lib.* 11. *ad Edictum*[10]) in folgenden Worten entscheidet: Quaeri poterit, an etiam ei, qui vim fecerat, passo vim restitui Praetor velit per hoc Edictum ea, quae alienavit? et POMPONIUS scribit lib. 28. non oportere ei Praetorem opem ferre. Nam, *cum liceat*, inquit, *vim vi repellere*, quod fecit, passus est: quare si metu te coegerit sibi promittere, mox ego eum coegero metu, te accepto liberare, nihil esse, quod ei restituatur. Der Prätor giebt aber auch

2) gerichtliche Rechtsmittel, um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen, und zwar

a) Klagen. Diese sind von zweyerley Art,

α) die

9) *L.* 1. §. 27. *L.* 3. §. 9. *D. de vi.* S. Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz und Eigenthum §. 206. u. 207.

10) *L.* 12. §. 1. *D. h. t.*

α) die *actio reſciſſoria utilis* vel in rem vel in perſonam[11]). Es iſt dies eigentlich die alte Klage, welche aus dem nach dem ſtrengen Recht durch das erzwungene Geſchäft erloſchenen Rechte entſpringt, und die der Prätor der Billigkeit wegen wieder giebt, nicht anders als wenn gar kein Recht verlohren gegangen wäre. Habe ich alſo aus Furcht ein dingliches Recht aufgegeben, z. B. meine Sache veräußert, oder eine Erbſchaft repudiirt, ſo giebt er mir die nach dem ſtrengen Recht erloſchene Realklage wieder, nämlich in den bemerkten Beyſpielen die Reivindication oder die Erbſchaftsklage wider jeden dritten Beſitzer, welche ſich aber von der vorigen Klage darin unterſcheidet, daß ſie eine *actio in rem utilis* iſt[12]). Habe ich hingegen aus Zwang meinem Schuldner die Schuld erlaſſen, ſo reſtituirt mir der Prätor die nach dem ſtrengen Recht erloſchene Perſonalklage. Hieraus erklärt ſich alſo, wie die *actio reſciſſoria utilis* bald in rem, bald in perſonam ſeyn könne. Sie iſt eine perſönliche, wenn das Recht, woraus ſie entſpringt, und welches mir der Prätor reſtituirt, ein perſönliches iſt; eine dingliche aber, wenn dieſes Recht ein dingliches iſt. Nun wird man auch verſtehen, wenn Ulpian[13]) ſagt: Volenti autem datur et *in rem actio* et *in perſonam*, reſciſſa acceptilatione vel alia liberatione. — Licet autem *in rem actionem* dandam exiſtimemus, *quia res in bonis eſt eius, qui vim paſſus eſt;* (zwar

11) *L.* 9. §. 4. *L.* 21. §. 6. *D. h. t. L.* 3. *Cod. eodem.* HOFACKER Princip iur. civ. T. II. §. 837. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 25.

12) CUJACIUS ad L. 9. §. 4. D. t. t.

13) *L.* 9. §. 4. *et* 6. *D. h. t.*

(zwar nicht nach der Subtilität des strengen Rechts, aber nach der Billigkeit des Prätors, welcher die erzwungene Alienation nicht gelten läßt) verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem **Paulus** [14]) erläutert dieses noch durch folgendes Beyspiel: Si coactus hereditatem repudiem, duplici via Praetor mihi succurrit: aut *utiles actiones* quasi heredi dando, aut *actionem metus causa* praestando; ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat. Wenn ich also aus Furcht eine Erbschaft habe ausschlagen müssen, so kann ich die hereditatis petitionem utilem anstellen. Ich verbinde jedoch damit das Gesuch, die geschehene Repudiation, als ungültig, wieder aufzuheben, und mich für einen solchen, dem sein Erbrecht annoch zusteht, zu erklären, demnächst aber zu erkennen, daß Beklagter mir die Erbschaft mit allen erhobenen oder zu erheben gewesenen Nutzungen nach einem zu Recht beständigen Erbschaftsverzeichniß, nebst Erstattung aller Schäden und Kosten abzutreten schuldig sey. Der Prätor giebt mir aber auch noch

β) eine neue Klage; dieß ist die *actio quod metus causa*, welche mit jener erstern elective concurrirt. Diese Lehre findet nach **Ulpians** [15]) Lehre Statt, das erzwungene Geschäft mag durch die Uebergabe schon vollzogen seyn, oder nicht, und hat die besondere Eigenschaft, daß sie nicht nur gegen jeden Besitzer der mir abgezwungenen Sache angestellet werden kann, sondern auch eine Verurtheilung des Beklagten zum vierfachen Ersatz nach sich zieht, wenn derselbe der richterlichen Sentenz nicht gutwillig

14) *L.* 21. §. 6. *D. h. t.*

15) *L.* 9. §. 3. *D. h. t.*

lig Folge leiſtet, und die Klage binnen vier Jahren angeſtellet wird [16]). Jene Eigenſchaft macht ſie zur actio in rem ſcripta, dieſe zur actio arbitraria [17]). Von dieſer Klage in den folgenden §§. ein mehreres

Ich kann aber des erlittenen widerrechtlichen Zwanges wegen nicht nur klagen, ſondern mich auch

b) einer Einrede bedienen, nämlich der Prätor giebt mir die *exceptionem quod metus cauſa* [18]). Dieſe findet in zwey Fällen Statt:

1) wenn ich aus Furcht etwas verſprochen habe, und aus dieſem Verſprechen auf deſſen Erfüllung belangt werde.

2) Wenn ich die mir durch Furcht abgezwungene Sache in der Folge wieder erhalten habe, und derjenige, welcher mir dieſelbe abnöthigte, oder ein Dritter, der ſie von ihm erhielt, ſolche als die ſeinige vindiciren will [19]). (§. 435.) Dieſe metus cauſa exceptio iſt übrigens, wie die Klage, in rem ſcripta, und findet daher Statt, der Kläger mag eben derjenige ſeyn, welcher mich in Furcht ſetzte, oder ein Dritter [20]). Endlich

c) kann

16) *L. 14. § 3. et 4. D. eodem.*

17) S. den 3. Th. dieſes Commentars §. 274. S. 554. folg.

18) *L. 4. §. 33. D. de doli mali et metus exceptione.*

19) *L. 5. Cod. de exceptionibus.*

20) *L. 4. §. 33. D. de doli mali et met. except.* Metus cauſa exceptio in rem ſcripta eſt: *Si in ea re nihil metus cauſa factum eſt;* ut non inſpiciamus, an is, qui agit, metus cauſa fecit aliquid, ſed an omnino metus cauſa factum eſt in hac re a quocunque, non tantum ab eo, qui agit.

c) kann man sich auch einer Replik wegen der Furcht bedienen. Ich stelle nämlich die vorige Klage geradezu an, die aus dem gewaltsam aufgegebenen Rechte, oder aus der Schuldverbindlichkeit entspringt, welche ich aus Furcht dem Schuldner habe erlassen müssen, ohne in dem Libell etwas von der geschehenen Repudiation oder Erlassung zu erwähnen; und wenn mir dann der Beklagte die Einrede entgegen setzt, daß eine Repudiation oder eine Schulderlassung geschehen sey, und daher keine Klage Statt finde, so kann ich ihm die Replik vorhalten, daß das Geschäft, worauf der Beklagte seine Einrede gründet, durch ungerechte Furcht erzwungen worden sey, und mir daher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen zustehe[21]).

§. 449.

Wem steht die actio quod metus zu? und gegen wen wird sie angestellet?

Wir wollen nun die Natur der prätorischen actionis quod metus causa noch näher kennen lernen. Diese Klage steht

1) nicht nur demjenigen zu, welcher durch ungerechte Furcht oder Gewalt in Schaden gesetzt worden ist, er mag das ihm angedrohete Uebel an sich selbst, oder an Anderen, die ihm angehören, z. E. an seiner Frau odern Kindern, zu besorgen gehabt haben[22]); sondern auch den Erben desselben und übrigen Successoren[23]), z. B. dem Legatar, dem die abgezwungene Sache vermacht worden ist; so wie

21) DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integrum h. t. §. 32.

22) *L. 8. §. 3. D. h. t. §. 2. l. de injur.* VOET ad Pandect. h. t. §. 11.

23) *L. 16. §. 2. D. h. t.*

überhaupt auch einem jeden Andern, welcher sonst dabey ein Interesse hat. Denn sie ist eine actio rei persecutoria[24]). Sie kann daher auch von dem Bürgen angestellet werden, er mag entweder selbst zur Bürgschaft gezwungen, oder von dem zur Anerkennung einer gewissen Verbindlichkeit gewaltsam genöthigten Schuldner mit seiner Bewilligung bestellet worden seyn[25]). (§. 443. S. 460. folg.) Es kann ferner

2) diese Klage nicht nur gegen denjenigen angestellet werden, der mich in Furcht gesetzt hat, sondern auch gegen jeden dritten Besitzer der mir abgezwungenen Sache, er sey ein bonae oder malae fidei possessor[26]); denn sie ist eine *actio in rem scripta*. Wird die Klage wider denjenigen angestellet, der die Gewalt selbst ausgeübt hat, so kommt es nicht darauf an, ob derselbe die widerrechtlich abgezwungene Sache noch besitzt[27]), denn er ist doch immer als ein solcher anzusehen, qui dolo possidere desiit. Es ist auch gleichviel, ob derjenige, welcher mich in Furcht setzte, eine physische, oder moralische Person, z. B. ein Collegium, ist[28]). Haben jedoch mehrere zugleich an dem unerlaubten Zwange Antheil genommen[29]); so haften sie zwar in soli-

24) *L. 14. §. 2. in fin. D. h. t.*

25) *L. 14. §. 6. et 8. D. h. t.* VOET h. t. §. 3. in fin. Dem Bürgen kommt auch die *exceptio quod metus causa* zu. *L. 7. §. 1. D. de exception.*

26) *L. 14. §. 5. D. eod.*

27) *L. 14. §. 5. D. cit.*

28) *L. 9. §. 3. D. h. t.*

29) Auch die bloße Billigung der That kann hier Einen schon zum Theilnehmer machen. Denn in Ansehung der bürgerli-

solidum[30]); aber doch nur so, daß wenn einer das Ganze wieder ersetzt hat, gegen die übrigen keine Klage weiter Statt findet[31]). Klagt man wider den dritten Besitzer, so ist es nicht nothwendig, daß man in der Klagschrift die Person anzeige, durch deren Gewalt man in Schaden gesetzt worden ist[32]). Denn darauf kommt nichts an, es kann auch seyn, daß man die Person gar nicht kannte; es ist also genug, wenn ich in der Klage anführe, daß ich aus Furcht oder wegen erlittener Gewalt das Meinige habe weggeben müssen[33]). Da nun aber freylich hierin der Grund der Klage besteht, so muß ich diesen Umstand um so mehr beweisen, weil kein Zwang im Zweifel vermu-

gerlichen Folgen einer unerlaubten Handlung findet die Regel Statt: ratihabitio mandato aequiparatur. *L. 1. §. 14. D. de vi et vi armata. L. 152. §. 2. D. de Reg. iur.* S. Kleinschrod's systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. §. 184.

30) Das beneficium divisionis kann hier nicht Statt finden, wo die Correalverbindlichkeit aus einer unerlaubten Handlung entspringt. S. Hrn. Hofr. KLEINSCHROD doctrina de reparatione damni delicto dati. Specim. I. (*Wirceburgi* 1798. 4.) §. 9. et 10.

31) *L. 14. §. 15. L. 15. et L. 16. pr. D. h. t.* Denn die *actio quod metus causa* ist an sich nur eine actio rei persecutoria; sie wird nur dann erst zur Pönalklage, wenn der Beklagte dem richterlichen Erkenntniß keine Folge leistet. S. *Io.* ALTAMIRANUS ad libr. quart. quaestion. *Scaevolae* Tract. IV. (in *Thesaur. Meermann.* T. II. pag. 433. §. 5. und *de* COCCEJI ius civ controv. h. t. Qu. 9.

32) *L. 14. §. 3. D. h. t. L. 15. §. fin. D. de dolo malo.*

33) *L. 14. §. 3. D. h. t.*

thet werden kann[34]). Gegen die Erben desjenigen, welcher die ungerechte Gewalt ausübte, findet nach dem Röm. Rechte die Klage anders nicht Statt, als insofern etwas auf sie gekommen, oder die Klage schon gegen den Erblasser bey dessen Leben angestellt worden ist[35]). Man sieht nun zwar in jenem ersten Falle auf die Zeit der Litis-contestation, um zu bestimmen, was aus der unerlaubten Handlung des Erblassers auf den Erben gekommen ist[36]). Es ist indessen doch nicht immer nöthig, daß der Erbe die Sache zu der Zeit wirklich noch besitze, da er belangt wird. Er haftet für den Gewinn, wenn er auch die Sache selbst schon vorher verbraucht haben sollte[37]). Nur alsdann kann man nicht sagen, der Erbe sey durch den metum seines Erblassers reicher worden, wenn die Sache bey ihm durch Zufall zu Grunde gegangen ist[38]). So muß nur nicht

34) *L. ult. pr. D h. t. L.* 13. *Cod. de transact. L.* 9. *C. de his, quae vi metusve cauſa.* DOMPIERRE h. t. §. 21.

35) *L.* 16. §. 2. *D. h. t. L. un. Cod. ex delict. defunctor. in quantum heredes conveniantur.* In dem letztern Gesetz heißt es: Post litis contestationem eo, qui vim fecit, vel concussionem intulit, — defuncto, successores eius in solidum, alioquin, in quantum ad eos pervenit. conveniri, iuris absolutissimi est; ne alieno scelere ditentur. Man sehe hier *Petr.* DUIRSEMA Conjecturalium iur. civ. Lib. I. cap. 7. (*Groening.* 1714. 8.)

36) *L.* 20. *D. h. t.*

37) *L.* 17. *D. h. t.* Von diesem Falle ist auch die *L.* 127. *D. de Reg. iur.* zu verstehen, wie POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. nr. XXI. bemerkt.

38) *L.* 18. *D. h. t.* NOODT in Comment. ad Pand. h. t. pag. 112. ist zwar anderer Meinung, und will die *L.* 17. nicht von dem Erben, sondern von dem Dritten bonae fidei possessore verstehen.

nicht erst nach der Litiscontestation zu Grunde gegangen seyn. Denn ist soviel gewiß, daß die Sache zur Zeit der Litiscontestation noch in den Händen des Erben war, so ist nun die Klage, wie Cajus [39]) sagt, auf immer begründet, weil es bey dem Erben auf das tempus rei iudicatae nicht ankommt [40]). Ist der Erbe schon verstorben, so haftet desselben Erbe, wenn er gleich nicht reicher worden, doch immer wenigstens so weit, als der heres proximus belangt werden konnte [41]). So nach dem römischen Rechte. Allein nach dem kanonischen Rechte findet die Klage gegen die Erben ohne Unterschied Statt, der Erbe

stehen. Der Erbe soll nach seiner Meinung für den Zufall so gut haften, als wenn er die Sache consumirt hätte. Der nämlichen Meinung ist auch *Ant.* FABER in Rational. ad L. 18. D. cit. Allein die *L. 1. C. h. t.* worauf man sich beruft, redet offenbar von demjenigen, der mich in Furcht setzte, oder dem malae fidei possessore, nicht von dem Erben, der in bona fide ist; so verstehen dieses Gesetz auch WISSENBACH in Commentar. ad L. 1. Cod. cit. pag. 101. und WESTENBERG in Princip. iur. secund. ord. Digestor. h. t. §. 30. Daß nun aber in der *L. 18. D. h. t.* unter dem *alius*, an welchen die Sache gekommen ist, vorzüglich auch der Erbe gemeint sey, lehrt der Zusammenhang mit der vorhergehenden *L. 17.* und den nachfolgenden *LL. 19. u. 20. D. h. t.* welche alle von dem Erben reden. S. POTHIER c. l. nr. XXI. not. d. und HUFELAND Diss. de legum in Pandect. interpretandar. subsidio, ex earum nexu et consecut. petendo §. 9. sqq.

39) *L. 19. D. h. t.*

40) CUJACIUS ad L. 17. D. h. t. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. nr. XXI. not. a. pag. 132. u. DOMPIERRE h. t. §. 24.

41) *L. 17. D. h. t.*

haftet wenigstens immer, so weit die Erbschaft zureicht[42]; und dieses Recht befolgen wir in der Praxis[43].

§. 450.

Gesuch der actionis quod metus causa. Wie wenn die abgezwungene Sache zu Grunde gegangen ist?

Die Klage geht übrigens nach dem Unterschied der Fälle bald auf die Herausgabe der durch Furcht abgezwungenen Sache mit allen Nutzungen und Zubehör[44], nicht minder auf Leistung einer Caution de dolo, daß nämlich der Besitzer für alle Deterioration haften wolle[45]; bald geht sie darauf, daß das aus Furcht geschehene Versprechen, oder die geschehene Entsagung oder Schuldverlassung u. d. für nicht geschehen erklärt, und folglich der Beklagte das leiste oder gebe, wozu er vor der erzwungenen Entsagung oder Erlassung verbunden war[46]. Ist die durch Furcht abgezwungene Sache nicht mehr vorhanden, so

42) *Cap.* 5. *X. de Raptorib.*

43) S. REINHARTH Observat. select. ad *Christinaei* Decisiones Vol. III. Obs. 11. *Ferd. Christ.* MÜLLER Diss. de actionibus ex delicto rei persecutoriis, adversus heredes delinquentis in solidum competentibus, *praes. Ge. Henr.* AYRERO *Goett.* 1752. def. §. 30. KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 14. und Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 5. Band §. 1287. S. 160.

44) *L.* 12. *pr. D. h. t.* Nach dieser Stelle muß der malae fidei possessor auch die *fructus percipiendos* vergüten, welche der Eigenthümer nach seiner Art noch hätte gewinnen können.

45) *L.* 9. §. 5. *et* 7. *D. h. t. Ant.* FABER Rational. ad h. L.

46) L. 9. §. 7. L. 10. D. h. t.

so ist ein Unterschied zu machen, ob sie bey demjenigen selbst durch Zufall zu Grunde gegangen ist, welcher dieselbe durch widerrechtlichen Zwang an sich brachte, oder bey dem dritten Besitzer. In jenem Falle muß der Beklagte für den Casus haften, wenn die Sache bey dem Eigenthümer selbst nicht zu Grunde gegangen seyn würde. **Ulpian**[47]) sagt ausdrücklich: *si tamen peritura res non fuit*, si metum non adhibuisset: tenebitur reus. Es würde also nach dieser Lehre **Ulpians** auch selbst derjenige, welcher die Furcht eingejagt hat, für den Unglücksfall alsdann nicht haften dürfen, wenn die abgezwungene Sache auch eben so gut bey dem Eigenthümer selbst zu Grunde gegangen seyn würde, wofern nicht etwa der Kläger die Sache an einen Dritten hätte verkaufen können, so daß der Zufall diesen betroffen, und der Eigenthümer doch das Kaufgeld bekommen hätte. In diesem Falle muß der der Beklagte allerdings den Werth vergüten, weil er durch seine unerlaubte Handlung den Kläger um diesen Gewinn gebracht hat. Daher setzt **Ulpian** noch hinzu: Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, *qui eum venditurus fuit*, si vim passus non esset[48]). Das nämliche gilt auch von einem dritten malae fidei possessore. Ist hingegen die Sache bey der bonae fidei possessore zu Grunde gegangen, so ist zu unterscheiden, ob sich der Zufall vor erhobener Klage ereignete, oder während des Processes. In dem erstern Falle haftet er für keinen Schaden, wenn er ihn auch durch seine Nachlässigkeit veranlaßt hätte: *quia quasi suam rem neglexit*[49]). In dem

47) *L. 14. §. 11. D. h. t.*

48) S. DOMPIERRE h. t. §. 30.

49) *L. 31. §. 3. D. de heredit. petit.* HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 4

andern Falle hingegen kommt es darauf an, ob der Zufall durch des Beklagten Nachläſſigkeit veranlaſſet wurde, oder ohne ſeine Schuld. Im letztern Falle muß er gleichfalls freygeſprochen werden [50]), weil ein bonae fidei poſſeſſor auch nach der litisconteſtation für keine Unglücksfälle ſteht [51]). *Nec enim debet bonae fidei poſſeſſor aut mortalitatem praeſtare*, ſagt Paulus [52]), *aut propter metum huius periculi, temere indefenſum ius ſuum relinquere* In dem erſten Falle hingegen iſt er verbunden, den Schaden zu erſetzen, denn in Abſicht auf doli et culpae praeſtationem werden alle bonae fidei poſſeſſores von Zeit der erhobenen Klage an den malae fidei poſſeſſoribus gleichgeachtet [53]).

Geht die Sache erſt nach den Definitivurtheil zu Grunde, ſo muß jeder Beſitzer ohne Unterſchied, er ſey bonae oder malae fidei poſſeſſor, den Schaden tragen [54]). Das Röm Recht macht zwar einen Unterſchied, ob ſich der Zufall intra tempora actionis iudicati zugetragen, oder poſt tempus iudicati *); und

50) *L.* 14. §. 5. *D. h. t*

51) *L.* 16. *pr. D. de Rei vindicat.* S. *Chriſtoph. Chriſt.* HASSE Diſſ. de litis conteſtatione, an et quatenus bonae fidei poſſeſſor per eam in mala fide conſtituatur. *Goett* 1780. § 20. und Weſtphals Syſtem des röm. Rechts über die Arten der Sache, Beſitz und Eigenthum. §. 933. u. 940.

52) *L.* 40. *pr. D. de hereditat. petit.*

53) *L.* 45. *D. de Rei vindicat. L.* 4. §. 2. *D. fin. regundor.*

54) WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Digeſtor. h. t. §. 31. et 32.

*) Das tempus rei iudicatae beſtand zu Ulpians Zeiten noch in einem Zeitraum von 30 Tagen; dieſer war nach GELLIUS *Noct. Attic.* XV. 3. ſchon in den Geſetzen der zwölf Tafeln feſtgeſetzt.

und will, daß in dem ersten Falle der Beklagte von dem Ersatz des Werths frey seyn, und der Kläger sich blos mit der poena tripli begnügen solle; dahingegen in dem letztern Falle den Beklagten von der Strafe des vierfachen Ersatzes nichts befreyen kann[55]). Allein da sich diese Destinction auf die Privatstrafe beziehet, die nach dem Röm. Rechte bey der actione quod metus causa, im Falle des Ungehorsams, erkannt werden konnte, so fällt dieser Unterschied, wie schon Voet[56]) bemerkt hat, heut zu Tage weg.

Aus allem diesen ergiebt sich also, daß die actio quod metus causa eigentlich an sich eine actio rei persecutoria ist. Allein stellte sie der Kläger ehemals intra annum utilem, nach dem neuern Röm. Recht aber binnen vier Jahren an, so konnte sie bey den Römern dadurch zur Pönalklage werden, wenn der Beklagte der richterlichen Auflage, (arbitrio iudicis), den Kläger zu befriedigen, keine Folge leistete[57]). Nun konnte der Kläger das Vier-

fache

setzt. Erst Justinian bestimmte eine vier monatliche Zeitfrist. *L. ult. C. de Usur. rei iudic.*

55) *L.* 14. §. 11. *D. h. t.*

56) Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

57) *L.* 14. §. 3. *in fin D. h. t.* sagt: Non statim quadrupli est actio, *sed si res non restituatur;* und §. 4. heißt es: Haec autem actio cum *arbitraria* sit, habet reus licentiam, usque ad sententiam ab arbitro datam, restitutionem rei facere: *quod si non fecerit, iure meritoque quadrupli condemnationem patietur*; und in dem §. 27. *I. de action.* sagt Justinian, es liege stillschweigend schon in der Natur der actionis quod metus causa, ut qui iudicis iussu ipsam rem actori restituat, absolvatur.

sache fordern, worin jedoch auch, wie Ulpian[58]) sagt, die Restitution der abgezwungenen Sache selbst, und was dazu gehörte, enthalten war; zuweilen aber nur das triplum, wenn es im Falle eines erzwungenen Versprechens nur auf eine Acceptilation angesehen war, und diese der Beklagte, dem arbitrio iudicis gemäß, zu bewirken sich weigerte; welche Meinung wenigstens Ulpian[59]) gegen Julian und Labeo, als die billigere, behauptete. Noch ist zu bemerken, daß, wenn jene Strafe des Ungehorsams eintrat, das alles quadruplicirt werden mußte, was der Beklagte zu restituiren schuldig war[60]); also nicht nur der Werth der Sache, sondern auch die Früchte derselben, auch selbst die, welche der Beklagte nicht percipirt hat, wenn sie nur der Kläger nach seiner Art zu wirthschaften noch hätte ziehen und gewinnen können, wenn er nicht durch die gewaltsame Handlung des Beklagten daran wäre behindert worden, und was sonst noch zur Sache gehört (omnis causa)[61]).

Es versteht sich aber auch von selbst, daß der Kläger dasjenige, was er aus dem erzwungenen Geschäft von dem Beklagten in Händen hat, z. B. das Kaufgeld, wenn er gegen

58) *L. 14. §. 10. D. h. t.* Warum der Prätor bey der actione quod metus causa den Ungehorsam des Beklagten mit der poena quadrupli bestraft wissen wolle, untersucht GUNDLING Tr. de efficientia metus in promissionibus cap. VI. §. 22.

59) *L. 14. §. 9. D. h. t.* Man sehe über diese Stelle POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. nr. XXVI. not. I.

60) *L. 14. §. 1. L. 21. §. 2. D. h. t.*

61) *L. 12. pr. L. 14. §. 7. D. h. t.* DOMFIERRE h. t. §. 26.

gegen den erzwungenen Verkauf des Seinigen Restitution sucht, zurückgeben müsse[62]).

§. 451.

Findet die *actio quod metus* auch noch h. t. T. Statt? und in welchen Fällen cessirt sie?

Ob nach den heutigen Rechten die prätorische Restitution bey erzwungenen Geschäften noch nöthig sey? ist unter den practischen Rechtsgelehrten streitig. Viele wollen den heutigen Gebrauch derselben aus dem Grunde läugnen, weil dergleichen Geschäfte heut zu Tage schon an sich nichtig wären[63]). Der Verletzte könne also das Seinige vin-

62) *L.* 3. *et* 4. *C. de his, quae vi metusve causa.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. Eine Ausnahme macht *L. pr. Cod. eod.* in dem Falle, wenn eine öffentliche Person durch Mißbrauch ihrer Amtsgewalt einen Kauf erzwungen hat. Eine solche Person soll nach dem angeführten Gesetz die durch den erzwungenen Kauf an sich gebrachte Sache unentgeldlich an den Verkäufer wieder zurückgeben. Gleiche Strafe des Verlusts am Kaufgelde soll bey denen Statt finden, qui vel *conjugis* vel *amici* nominibus, abutentes, praedam tamen sibi acquirant. Nach einer gewissen Verordnung des Kys Valentinian (*L. 5. C. Th. de his, quae administrant. vel offic. publ. gerentibus distracta*) soll zwar in jenem Falle die verkaufte Sache an den Fiskus verfallen seyn, wenn der Verkäufer sie binnen 5 Jahren nicht zurückfordert. Allein da Justinian diese Verordnung in seinen Codex nicht aufgenommen hat, so ist sie für aufgehoben zu halten. S. GIPHANII Explanat. difficilior. LL. Cod. h. t. pag. 88.

63) GUNDLING Tr de efficientia metus Cap. 6. §. 28. sqq. CARRACH Adnotat. de actionibus Sect. II. cap. XI. § 39. ad verb. *iuris* et §. 43. ad verb. *difficillimam.* PAULI Diss. de incongrua

vindiciren, oder sich der Publicianischen Klage bedienen, oder die Contractsklage oder auch condictionem indebiti anstellen. Ja nach dem kanonischen Rechte komme ihm auch die Spolienklage zu statten. Allein diese Meinung ist ganz ungegründet. Die Ungültigkeit eines Geschäfts hindert ja die Anwendbarkeit der prätorischen Restitution nicht, wenn die ordentliche Klage entweder in einem gewissen Falle gar nicht Statt findet, oder das Restitutionsgesuch dem Verletzten vortheilhafter ist. Nun ist es gewiß in dem Falle, da die abgezwungene Sache ein Dritter besitzt, immer besser, die actionem quod metus causa anzustellen, als diesen mit der Eigenthumsklage zu belangen, weil bey dieser das Eigenthum, wenn auch nur das präsumtive, bewiesen werden muß, dahingegen bey jener prätorischen Klage weiter nichts, als der erlittene Zwang, erwiesen werden darf[64]). Nun braucht man zwar auch bey der Spolienklage nur das erlittene Spolium zu beweisen. Allein die Klage findet doch nicht so, wie die actio quod metus causa, wider den dritten bonae fidei possessorem Statt[65]).

Allein

grua praxi doctrinae iur. Rom. de restitutione in integr. ex capite metus. *Gedani* 1758. *Dan.* NETTELBLADT Systeм. elem. iurisprud. positivae Germ. commun. general. (*Halae* 1781.) §. 354. u. WESTPHAL Progr. de duplici actione restitutoria omnibus fere restitutionibus in integr. praetor. communi. §. 14.

64) S. meine Diss. de vita petendae restitutionis in integrum praetoriae. Cap. IV. §. 35. (*Opuscul.* Fasc IV. pag. 67. sqq.) und Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1006. S. 970.

65) *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 13. §. 6. sqq.

Allein eine andere Frage ist, ob die actio quod metus causa im Falle des Ungehorsams des Beklagten noch heutiges Tages die Strafe des vierfachen Ersatzes zur Folge habe? Verschiedene Rechtsgelehrten[66]) wollen dies wirklich behaupten. Allein die meisten[67]) läugnen dieses aus dem Grunde, weil sich die Verurtheilung des Beklagten zum vierfachen Ersatz, welche immer erst ein vorhergehendes arbitrium iudicis erforderte, mit unserer heutigen Proceßform nicht verträgt, und überhaupt die Gewalt des Richters sich bey uns nicht mehr so weit erstreckt, daß er den Beklagten bloß des Ungehorsams wegen auf das Vierfache condemniren könnte. Dieser Meinung stimmt auch unser Verfasser bey.

Uebrigens cessirt die Klage,

1) wenn das erzwungene Geschäft durch nachher erfolgte freye Einwilligung genehmiget worden ist[68]). Diese Genehmigung kann auch stillschweigend geschehen, wenn man dasjenige nachher freywillig giebt oder thut, was man aus

66) *I. Henr.* BERGER Comment. de usu actionum cum rei persecutor. tum in primis poenalium §. 29. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 3. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. Part. III Obs. 24. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 840. und Schmidt im Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 1289.

67) THOMASIUS in Disp. de usu actionum poenal. iur. Rom. in foris Germ. Cap. III. §. 14. SCHAUMBURG in Compend. iur. Dig. h. t. §. 7. *Henr. Ern.* KESTNER de valore Digestorum Diss. IV. pag 37. CUDELINUS de iure novissimo Lib. III. cap. 12. VOET h. t. §. 18. und Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1135.

68) *L. 4. C. h. t.*

aus Zwang versprochen hat[69]). Man kann auch das Versprechen dadurch als gültig anerkennen, wenn man zur Bestärkung desselben nachher aus freyen Willen ein Pfand giebt, oder einen Bürgen stellt[70]). Der Eid hingegen, wodurch das erzwungene Geschäft bestärkt worden, kann demselben keine Gültigkeit verschaffen, wenn auch dieser durch Furcht veranlaßt wurde[71]).

2) Fällt die Klage weg, wenn ihr eine gesetzmäßige Verjährung entgegensteht. Diese kann bald in einem Ablauf von vier Jahren bestehen[72]), wann entweder von der Strafe des vierfachen Ersatzes die Rede ist, oder die Klage gegen den malae fidei possessor angestellt werden will, der die abgezwungene Sache zu besitzen aufgehört hat, ohne dadurch reicher geworden zu seyn[73]); (S. 439.) oder die Sache zwar noch in Natur vorhanden ist, allein dem Kläger eine andere Klage zusteht[74]). Bald tritt die Verjäh-

69) *L. 2. C. eod.*

70) VOET h. t. §. 16.

71) *I. H.* BOEHMER Iur. eccles. Protestant. Lib I. Tit. 40 §. 4. VOET ad Pand. h. t. §. 16. in fin. WERNHER Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 483.

72) Daß durch die *L. ult. C. de tempor. in integr. restitut.* der annus utilis auch bey der actione quod metus causa aufgehoben worden, habe ich oben S. 436. gezeigt. Man sehe auch GUNDLING de efficientia metus in promissionibus Cap. VI. §. 23. Anderer Meinung sind jedoch LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 32. u. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 840.

73) WESTPHAL Progr. de duplici actione restitutoria, omnibus fere in integrum restitutionibus praetor. communi §. 13.

74) *L. 14. §. 1. et 2. D. h. t.* BOEHMER doctr. de actionib. Sect. II. cap. 11. §. 43. not. u.

jährung erst nach dreyßig Jahren ein, nämlich wenn die Klage bloß auf Wiedererlangung der noch vorhandenen Sache, oder auf Herausgabe des davon erhaltenen Gewinnstes, den der Beklagte noch besitzt, abzweckt[75]). Zuweilen kann sich jedoch der dritte bonae fidei possessor mit der longae possessionis praescriptione schützen, wenn nämlich der Kläger durch eine blos compulsive Gewalt zur Veräusserung seiner Sache gezwungen worden ist, und der Beklagte solche durch einen gerechten Titel an sich gebracht hat. In diesem Falle kann es geschehen, daß die actio quod metus causa in Gefolge der Usucapion, welche der Beklagte für sich hat, in kürzerer Zeit erlöscht[76]). Zwar redet der Kr. Gordian in seiner Verordnung[77]) nur von einer unbeweglichen Sache. Ich glaube aber, daß nach der Rechtsanalogie[78]) dem bonae fidei possessori auch eben so gut bey einer beweglichen Sache die Usucapion zu statten kommen kann, weil man doch, wie Ulpian[79]) bemerkt, nicht sagen kann, daß derjenige gerade ein Dieb sey, welcher durch Gewalt den Besitz der Sache vom Eigenthümer erhalten hat. Die compulsive Gewalt bewirkt hier

75) *L.* 21. §. 1. *D. h. t.* VOET ad Pand. h. t. §. 18.

76) *L.* 3. *C. de his, quae vi metusve causa*, wo es heißt: si modo, qui secundo loco comperavit, longae possessionis praescriptione non fuerit munitus.

77) *L.* 3. *cit.* sagt: Si vi vel metu *fundum* avus tuus distrahere coactus est; etc.

78) *L.* 5. *pr. D. de div. tempor. praescript.*

79) *L.* 14. §. 12. *D. h. t.* Qui vim intulit, cum possessionem a me sit consecutus, *fur non est.* Es findet daher die Vorschrift des §. 3. *l. de Usucap.* hier keine Anwendung.

hier kein solches vitium reale, welches die Usucapion auf Seiten des dritten bonae fidei possessoris hindern könnte[80]). Der malae fidei possessor wird sich hingegen heutiges Tages schwerlich auf eine Verjährung berufen können, in sofern er nämlich die Sache noch besitzt, oder sich sonst dadurch bereichert hat; weil nach dem kanonischen Rechte auch zur extinctiven Verjährung die bona fides erfordert wird[81]).

80) S. LUDOVICI Diss. de vitio reali et personali. (*Halae* 1710.) §. 5.

81) Man sehe WEHRN doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni praestandi. Cap. II. §. 5. not. 84. pag. 52.

Lib. IV. Tit. III.

De dolo malo.

§. 452. und 453.

Wenn hat die Restitution wegen des Betrugs Statt? Urheber dieses Edicts. Veranlassung desselben.

Wenn wir hier den *dolus malus* als die andere in dem Edict des Prätors ausdrücklich genannte Ursach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betrachten, so verstehen wir darunter eine Täuschung, die auf eine unerlaubte Art in der bösen Absicht geschieht, um einem andern zu schaden. Ich sage, auf eine unerlaubte Art. Denn zuweilen ist die Verstellung nicht unerlaubt, wenn sie gleich nicht ohne Schaden des Andern geschieht; nämlich wenn man sie dazu braucht, um das Seinige zu retten, oder sich sonst einen erlaubten Vortheil zu verschaffen. Eine solche erlaubte Verstellung nennet man *dolum bonum*, ein Ausdruck, der, wie Ulpian[82]) sagt, bey den Alten eben das bezeichnete, was man sonst *solertiam* nennt. Von diesem ist nun zwar hier eigentlich die Rede nicht, ich glaubte es aber doch wenigstens darum bemerken zu müssen, weil Labeo bey Ulpian[83]) den Servius deswegen tadelt, daß er durch seinen Begriff den dolum malum nicht genug vom dolo bono unterschieden habe, obgleich dieser Tadel mehr den C. Aquilius Gallus trifft, welcher, wie Cicero[84]) erzählt,

82) *L. 1. §. 3. D. h. t.*

83) *L. 1. §. 2. D. h. t.*

84) *De officiis* Lib. III. cap. 14 in fin. S. DOMPIERRE Specim. de Restitut. in integr. h. t. §. 4.

zählt, auf die Frage, was dolus malus sey, die Antwort gab, *cum essit aliud simulatum, aliud actum.*

Die Restitution wegen des Betrugs findet nun in allen den Fällen Statt, wo man sich wegen des erlittenen Betrugs sonst durch kein anderes Rechtsmittel helfen kann, und es doch der Billigkeit gemäß ist, daß der zugefügte Schade ersetzt werde. *Quae dolo malo facta esse dicentur*, sagt der Prätor in seinem Edict, so wie es **Ulpian**[85]) aufgezeichnet hat, *si de his alia actio non erit, et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.* Hauptsächlich war zwar auch diese Restitution wegen der stricti iuris Contracte eingeführt, weil sich bey diesen der Betrogene nicht so, wie bey der bonae fidei Contracten, mit der Contractsklage helfen konnte, wenn er sich nicht mit der Formel: *dolum malum abfuturum*, bey Schließung des Contracts vorgesehen hatte[86]). Ja es scheint fast, daß die famöse Geschichte des **Cajus Canius**, welche uns **Cicero**[87]) so naiv erzählt hat, dergleichen Fälle aber auch vielleicht schon mehrmals vorgekommen seyn mochten, den Freund und Collegen des **Cicero**, ich meine den Prätor **Aquilius Gallus**, veranlaßt habe, jenes Rechtsmittel wider den dolum malum in seinem Edict einzuführen, welches **Cicero**[88]) sehr richtig *omnis malitiae everriculum* nennt[89]). Allein es findet die-

85) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

86) Man erinnere sich hier an dasjenige, was oben von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen und Contracten Lib. II. Tit. 14. §. 296. vorgekommen ist.

87) *De officiis* Lib. III. cap. 14.

88) *De natura Deorum* Lib. III. cap. 30.

89) *Burch. Christ. de* BEHR Diss. de actione doli mali, omnis malitiae everriculo. *Goetting* 1738.

dieſes Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand auch auſſer den ſtricti iuris Contracten in andern Fällen Statt, wo man durch den Betrug des Andern in Schaden geſetzt worden iſt. Dahin gehört z. B. wenn mir Jemand wiſſentlich einen ſchlechten Rath giebt[90]; oder es verſichert mir Jemand um ſeines Vortheils willen, Titius ſey ein ſicherer Mann, dem man creditiren könne, da er doch die ſchlechten Vermögensumſtände deſſelben kannte, und ich verliere nachher beym Titius mein Geld[91]; oder der Subſtitut überredet mich betrügeriſcher weiſe, eine Erbſchaft auszuſchlagen, unter dem Vorwande, ſie ſey verſchuldet[92]; oder es verleitet mich Jemand durch Betrug, eine verſchuldete Erbſchaft anzutreten[93]. In allen dieſen Fällen kann ich gegen den, welcher mich durch ſeinen Betrug zu einer nachtheiligen Willensbeſtimmung veranlaßte, mit der actione doli auf den Erſatz alles erlittenen Schadens klagen, nur muß mich nicht etwa in jenem letztern Falle der alleinige Gläubiger des Erblaſſers beredet haben, die Erbſchaft anzutreten, weil ich mich gegen dieſen ſchon mit der exceptione doli mali ſchützen kann[94]. Ueberhaupt wird hier allemahl vorausgeſetzt, daß kein anders Rechtsmittel vorhanden ſey, um das Seine wieder zu erhalten, oder ſich ſonſt ſeines Schadens zu erholen[95]. Es findet daher

90) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 2016.

91) *L. 8. D. h. t.*

92) *L. 9. §. 1. D. h. t.*

93) *L. 40. D. h. t.*

94) *L. 40. D. h. t.*

95) *L. 7. pr. D. h. t.* Eleganter POMPONIUS haec verba: Si *alia actio non fit*, ſic excipit, quaſi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, ſalva eſſe non poterit.

1) bey den bonae fidei Contracten die actio doli nicht Statt, weil man hier mit der Contractsklage fortkommt, es sey auf die Zernichtung des ganzen Contracts, oder nur auf das Interesse angesehen[96]) (§. 296.) Bey diesen muß auch der Erbe den Betrug seines Erblassers in solidum vertreten, wenn gleich aus des Verstorbenen Betruge nichts auf ihn gekommen wäre[97]). Denn die Verbindlichkeit aus solchen Contracten geht in ihren ganzen Umfang auf den Erben über[98]). Nur wenn ein Dritter den Betrug gespielt hat, mit welchem mein Mitcon-

96) *L.* 9. *D h. t.* Si quis affirmavit, minimam esse hereditatem, et ita eam ab herede emit: non est de dolo actio, cum *ex vendito* sufficiat. Add. *L.* 11. §. 5. *D. de action. emti vend. L.* 32. *D. eodem.* S. *Guil.* PROUSTEAU Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. cap. 10. §. 4. et 5. (Tom. III. *Thes. Meermann* pag. 498.)

97) *L.* 152 § 3. *D. de div. Reg. iur.* In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur. — *L.* 157. §. 2. *D. eodem.* In contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est, unusquisque pro ea parte, qua heres est. — *L.* 7. §. 2. *D. Depositi.* Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum. Quanquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit: ideoque in solidum unus heres tenetur; plures vero pro ea parte, qua quisque heres est.

98) *L* 49. *D. de obligat. et actionib.* Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur: veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is, apud quem depositum est. S. WEHRN Doctrina iuris explicatrix principior. et causarum damni, habita doli mali, culpae, moraе etc. ratione, praestandi. Cap. IV. §. 38. pag. 273. sq.

contrahent colludirte, so kann ich freylich gegen den Dritten, der nicht mit mir contrahirt hat, aus dem Contract nicht klagen; sondern gegen diesen findet nur die actio doli Statt, wann mein Mitcontrahent mich nicht entschädigen kann[99]). Z. B. ein Dritter leihet dem Verkäufer wissentlich zu leichte Gewichte. Hier kann zwar der betrogene Käufer actione emti gegen den Verkäufer wegen des Abgangs der Waare klagen; allein kann ihn dieser nicht entschädigen, so kommt ihm die actio doli gegen den Dritten allerdings zu statten[100]). Eben so ist es, wenn mein Procurator durch unerlaubtes Verständniß mit meinem Gegner mir den Verlust des Processes zuzog. Hier muß ich mich zuförderst an meinen Procurator halten, und gegen diesen actione mandati klagen. Hat aber dieser nichts, so kann ich meinen Gegner ex dolo belangen[1]).

2) Fällt die Restitution wegen des Betrugs weg, wenn dem Betrogenen entweder eine andere Art der Restitution zukommt, z. B. wenn ein Minderjähriger betrogen worden ist[2]) oder wenn er wenigstens an einer actione ordinaria nicht fehlt, wodurch er seine Entschädigung erhalten kann. Z. B. wenn ein Unmündiger durch Collusion seines Vormundes von einem Dritten betrogen worden ist, so kann er nicht sogleich gegen den Dritten actione doli klagen; weil ihm die actio tutelae gegen seinen Vormund zusteht, mittelst welcher er alles Interesse erhal-

99) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 5. und NOODT de forma emendandi doli mali cap. 13.

100) *L.* 18. §. 3. *D. h. t.*

1) *L.* 7. §. 9. *D. h. t.*

2) *L.* 38. *D. h. t.*

ten kann[3]). Er kann dem Dritten nur alsdann de dolo belangen, wenn der Vormund nicht solvent ist[4]); und dem Pupillen auch nicht durch die Restitution geholfen werden kann, die ihm sonst seines Alters wegen zukommt[5]).

3) Die Klage wegen des Betrugs findet auch nicht einmal alsdann Statt, wenn gleich die ordentliche Klage erloschen ist, wenn es nämlich der Betrogene nur seiner eigenen Nachläßigkeit zuzuschreiben hat, daß die Verjährungszeit verstrich. Ein anders wäre freylich, wenn, wie **Ulpian**[6]) sagt, in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut tempus exiret. Ist es jedoch

4) zweifelhaft, ob ein anderes Rechtsmittel anwendbar oder hinlänglich sey, so findet die Klage wegen des Betrugs Statt. Non solum si alia actio non sit, sagt **Ulpian**[7]) *sed et si dubitetur, an alia sit,* putat LABEO de dolo dandam actionem.

§. 454.

Was finden wegen des Betrugs für Rechtsmittel Statt, wenn deswegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird.

Die Rechtsmittel, welche der Prätor wegen des Betrugs giebt, sind verschieden, theils **Klagen**, theils **Einreden**.

3) *L. 5. D. h. t.*

4) *L. 6. D. h. t.* Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est.

5) VOET h. t. §. 16.

6) *L. 1. §. 6. et 7. D. h. t.*

7) *L. 7. §. 3. D. h. t.*

reden. Hier fällt jedoch die Wahl weg, die dem Verletzten bey der Restitution wegen erlittenen Zwanges zusteht Denn kann sich der Betrogene mit der Einrede oder Replik des Betrugs helfen, so findet die *actio de dolo* nicht Statt. Paulus[8]) führt z. B. folgenden Fall an: Quum a te pecuniam peterem, eoque nomine iudicium acceptum esset; falso mihi persuasisti, tanquam eam pecuniam servo meo aut procuratori solvisses; eoque nomine consecutus es, ut consentiente me absolvaris; quaerentibus nobis, an in te doli iudicium dari debeat; placuit *de dolo actionem non dari*, quia alia modo mihi succurri potest. Nam ex integro agere possum; et, si obiiciatur exceptio rei iudicatae, *replicatione* (sc. doli mali) iure uti potero. So wie hier die actio doli darum wegfällt, weil der hintergangene Gläubiger sich mit der Replik des Betrugs helfen kann, wenn er die Schuldklage, von der sich der Schuldner durch sein falsches Vorgeben, als sey die Schuld bezahlt, eine Lossprechung zu verschaffen gewußt hatte, von neuen anstellt, und ihm die exceptio rei iudicatae entgegengesetzt wird[9]); eben so wenig kann auch dann de dolo geklagt

8) *L.* 25. *D. h. t.*

9) Es scheint widersprechend zu seyn, wenn Paulus in der *L.* 20. §. 1. *D. h. t.* die actionem doli in dem Falle gestattet, da der Beklagte durch sein falsches Vorgeben, er habe mit meinem Erblasser in keiner Societät gestanden, eine Lossprechung von der Klage ausgewirkt hat. Man sucht diesen Widerspruch auf verschiedene Art zu heben. PACIUS Ἐναντιοφανων s. Legum Conciliatar. Centur. II. Qu. 80. dem auch VOET ad Pand. h. t. §. 19. beytritt, glaubt, es komme darauf an, ob der losgesprochene Schuldner sich auf die vorige Klage wieder einzulassen

werden, wenn der Betrogene durch die exceptionem doli hinlänglich gedeckt ist. Lucius Anthianus [10]) hat hiervon folgenden Fall. Titius ist der alleinige Gläubiger meines verstorbenen Erblassers. Dieser verleitet mich durch sein betrügerisches Vorgeben, die Erbschaft sey ansehnlich, und zur Bezahlung seiner Forderung bey weiten hinreichend, daß ich eine verschuldete Erbschaft antrete. Hier kann ich nicht de dolo malo klagen, sondern ich muß den betrügerischen Gläubiger die exceptionem doli entgegen setzen, wenn er auf die Bezahlung der ganzen Schuld klagt, und die Erbschaft nicht zureicht. Wenn also der Betrogene das nachtheilige Geschäft noch nicht erfüllt hat, so kann der

lassen bereit sey, oder nicht. Denn dazu könne er wider seinen Willen nicht gezwungen werden. In diesem letzten Falle müsse freylich die actio doli angestellt werden, und davon sey die L. 20. cit. zu verstehen. *Ant* FABER Rational. ad L. 20. D. h. t. hingegen meint, der Unterschied liege darin, daß in dem Falle der L. 20. der Schuldner nur mit Zulassung und ohne Widerspruch des Gläubigers, in dem Falle der L. 25. aber mit ausdrücklicher Einwilligung desselben wäre freygesprochen worden. Eben so *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 10. Allein es war wohl nicht gleichviel, daß in der L. 25. der Schuldner die Schuld eingestanden, und nur durch falsches Vorgeben, daß die Zahlung geschehen sey, die Entbindung von der Klage bewirkt hatte; in der L. 20. hingegen derselbe auf eine solche Art war losgesprochen worden, als ob er gar nichts schuldig wäre. S. *Def.* HERALDUS de rerum iudicatarum auctoritate Lib. I. cap. 9. §. 6. et 7. (*Thes. Iur. Rom. Ottonian.* Tom. II. pag. 1126.) *Henr. a* SUERIN Repetitar. Lection. iur. civ. cap. 13. (*Thes. Otton.* T. IV. pag. 30.) und POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. nr. XVI. not. p.

10) *L. ult. D. h. t.*

der Regel nach des Betrugs wegen keine Klage angestellet werden, weil dem Betrogenen die exceptio doli mali zusteht [11]). Es müßte ihm denn besonders daran gelegen seyn, lieber selbst zu klagen, als seines Gegners Klage abzuwarten, weil ihm z. B. bis dahin, da der Betrüger aus dem Handel klagt, gar leicht der Beweis verlohren gehen könnte, den er jetzt in Händen hat, um seinen Gegner des Betrugs zu überführen; oder es können auch andere Gründe vorhanden seyn, warum es dem Betrogenen lieber ist, daß das nachtheilige Geschäft gleich jetzt wieder aufgehoben werde, und wo es auf Unbilligkeit hinauslaufen würde, wenn der Betrogene mit seiner Klage warten müßte, bis er verklagt wird. In solchen Fällen kann auch bey noch nicht erfülltem Geschäft eine Klage wegen des Betrugs Statt finden [12]).

Die Klage, welche der Prätor wegen des Betrugs giebt, ist nun zweyerley, eine Pönalklage und eine bloße Entschädigungsklage. Jene ist die *actio doli mali*, diese hingegen die *actio in factum*. Die actio doli mali [13]) ist eine Personalklage, welche der Betrogene, oder auch

11) §. 1. *I. de Except. L. 1. §. 4. D. h. t.*

12) Man sehe WEHRN Doctr. iuris explicatr. principiorum et causar. damni praestandi. Cap. II. §. 5.

13) Ich muß hier bemerken, daß auch zuweilen die actio ordinaria, die des Betrugs wegen aus dem eingegangenen Geschäft, oder aus der unternommenen unerlaubten That selbst angestellet wird, actio de dolo genennt wird. So wird z. B. in der *L. 1. Cod. h. t.* die actio mandati, in der *L. 21. pr. D. de Eviction.* die actio emt, und in der *L. 7. §. 6. D. h. t.* so wie in der *L. 14. D. de praescript. verbis* die actio Legis Aqui-

auch deſſelben Erbe, vorausgeſetzt, daß der Kläger nicht ſelbſt den Beklagten hintergangen habe[14]), gegen denjenigen anſtellt, der den Betrug begangen hat[15]), wenn dieſer auch noch unmündig wäre, wenn er nur der Pubertät nahe, und alſo in einem ſolchen Alter iſt, wo er ſchon eines Betrugs fähig ſeyn kann[16]). Haben mehrere an dem Betruge Antheil genommen, ſo haften ſie zwar in ſolidum, weil hier die Wohlthat der Theilung wegfällt[17]). Hat jedoch einer den Schaden ganz erſetzt, ſo ſind die übrigen von

Aquiliae, wenn ſie propter dolum angeſtellet wird, actio de dolo genennt, wie ſchon CUJACIUS Lib. III. Obſervation cap. 37. PACIUS Ἐναντιοφανων Centur. II. Qu. 74. *Ant.* SCHULTING ad Prota Pandect. h. t §. 9. *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquiliam Lib. III. Cap. VII. Sect I. nr. 37. (in *Theſ Meermann* Tom. II. pag. 167.) u. a. m. bemerkt haben. Anderer Meinung ſind jedoch GIPHANIUS in Explanat. difficilior Leg. Cod. ad L. 1. de dolo malo pag. 89. und DOMPIERRE Specim. de Reſtitutionib. in integr. h. t. §. 15.

14) Denn ſonſt würde dem Kläger die Compenſation entgegen ſtehen. *L.* 36. *D. h. i.* KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati §. 11. Man ſehe auch dieſen Commentar Th. 4. §. 296. S. 120.

15) Daher ſagt *L.* 15. §. *fin. D. h. t.* In hac actione deſignati oportet, *cuius dolo factum eſt;* quamvis in metu non ſit neceſſe. S. POTHIER in Pandect. Iuſtinian. h. t. Nr. XIX. not. l.

16) *L* 13. §. 1. *D. h. t. L.* 14. *D. eod.* S. dieſes Commentars 2. Th. §. 130. S. 187. und Kleinſchrods ſyſt. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 1. Th. §. 85.

17) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. 2. Specim. CXII. Medit. 1. hat dies gegen Carpzov und Brunnemann hinlänglich gezeigt.

von allen weitern Anspruche frey[18]). Gegen den dritten Besitzer, welcher an dem begangenen Betrug keinen Antheil genommen, findet jedoch die actio doli nicht Statt[19]). Es

18) *L.* 17. *pr. D. h. t.* Daß die Theilnehmung der mehreren, die durch ihren Dolus einen andern in Schaden gesetzt haben, ganz gleich, und die Verletzung unheilbar seyn müsse, wenn sie deshalb in solidum haften sollen, wie PUFFENDORF de Culpa P. III. cap. 3. §. 50. et 52. will, ist nicht nöthig. Genug, wenn jedem derselben der begangene dolus dergestalt zugerechnet werden kann, daß in ihm der nothwendige Grund des daraus entstandenen Schadens liegt. S. WEHRN Doctr. iur. explicatr. principior. damni praestandi. Cap. II. §. 5. nr. XIV. Not. 95. pag. 54. und KLEINSCHROD cit. Doctrina de reparat. damni §. 9. et 10.

19) Hierdurch unterscheidet sich die actio doli von der actione quod metus causa. 10. CORASIUS Miscellaneor. iuris civ. Lib. I. Cap. 22. nr. 5. sqq. glaubt zwar, die actio doli sey eben so wohl, wie die actio quod metus, eine actio in rem scripta. Allein aus den Worten des Edicts: *Quae dolo malo facta esse dicentur*, läßt sich dies nicht schliessen: zumahl wenn aus andern bestimmteren Stellen das Gegentheil erhellet; nun soll aber nach der *L.* 15. §. *fin. D. h. t.* in der Klage de dolo allezeit die Person genau angezeigt werden, von welcher man betrogen worden ist, nicht minder soll nach der *L.* 16. *D. h. t.* die Thathandlung bestimmt angegeben werden, worin der Betrug liegen soll, damit der Beklagte sich hinlänglich dagegen vertheidigen, und vielleicht zeigen könne, daß er derjenige nicht gewesen, welcher den Kläger betrogen haben soll. Die Stellen hingegen, wo gesagt wird, die Klage de dolo finde auch gegen den Statt, der den Betrug nicht begangen, reden von solchen Fällen, wo der Betrüger des Beklagten Geschäfte besorgt hat, und dieser durch den Betrug reicher geworden ist. Nur unter dieser Einschränkung kann der Pupill

Es kann auch der Erbe des Betrügers nur in so weit belangt werden, als er entweder durch den Betrug seines Erblassers reicher worden[20]) oder wenigstens durch seinen eigenen Dolus verhindert hat, daß aus des Verstorbenen Betrug nichts auf ihn gekommen ist[21]). Durch diese Klage kann nun alles Interesse gefordert werden[22]), also nicht nur Ersatz des durch des Beklagten Betrug erlittenen positiven Schadens, das ist, Herausgabe der von dem Beklagten betrüglicherweise an sich gebrachten Sache mit allen Nutzungen und Zubehör, oder Erstattung deren Werths; sondern auch Vergütung des dadurch zugleich entzogenen Gewinns[23]), wenn nur die Hofnung dazu gegründet und unbe-

pill wegen des Betrugs seines Vormundes, der Principal aus dem Betrug seines Anwalds, und die Bürgerschaft aus dem Betrug ihrer Administratoren belangt werden. *L. 15. pr. et* §. 1. *et* 2. *D. h. t.* S. DOMPIERRE Specim. de Restitution. in integrum h. t. §. 28. BACHOVIUS ad Prota Pand. h. t. cap. 3. nr. 1. pag. 1019.

20) *L. 17.* §. 1. *L 26. D. h. t.* Hierher gehört auch, wenn der Verstorbene durch Betrug eine Schuldverlassung erschlichen hat; denn hiervon befindet sich die Erbschaft immer bereichert *L. 28. D. h. t.*

21) *L. 27. D. h. t.* Semper enim, qui dolo fecit, quominus haberet, sagt **Ulpian** *L. 157.* §. 1 *D. de Reg. iuris*, pro eo habendus est, ac si haberet. Daher die Regel: *Dolus pro possessione est*, welche **Paulus** *L. 131. D eod.* giebt.

22) *L.* 18. *pr. et* §. 1. *et* §. 4. *D. h. t.* S. WEHRN Doctr. iur. explicatr principior. et causar. damni praestandi. Cap. II. §. 5. nr. X. pag. 48. sqq.

23) *L.* 78. *D. de Reg. iur.* Generaliter, cum de fraude disputatur, non quid habeat actor, sed quid per adversarium habere non potuerit, considerandum est. *L.* 13. *D. rem ratam haberi*

unbezweifelt war, gesetzt auch, daß der Betrag desselben durch den Eid des Klägers, oder durch richterliches Ermessen erst ausgemittelt werden müßte[24]). Jedoch darf die Verurtheilung des Beklagten nie so weit erstreckt werden, daß der Kläger dabey etwas lucrirt, was er auch ohne den Betrug nie gehabt haben würde; denn der Zweck der Klage ist immer nur der, daß der Beklagte dem Kläger allen durch seinen Betrug verursachten Schaden ersetze[25]). Daher kann auch der zu beschwörende Schadensbetrag durch richterliche Schätzung ermässiget werden[26]). Die eigentliche Pönalqualität der actionis de dolo malo besteht nun darin:

1) daß der Betrüger für den Schaden haften muß, wenn er gleich durch seinen Betrug nicht reicher worden, sondern ihm durch Zufall aller Gewinn wieder vereitelt worden ist[27]).

2) Daß der Kläger den Betrag alles dessen, was ihm durch den Betrug des Beklagten entgangen ist, nach seinem persönlichen Interesse eidlich bestimmen kann[28]); und

3) daß

beri sagt: *In quantum mea interfuit*, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui; und in der *L. ult. D. de Verb. Signif.* heißt es überhaupt: *Restituit* non tantum, qui solum corpus, sed etiam, qui omnem rem conditionemque reddita causa praestet, et tota restitutio iuris est interpretatio.

24) KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 17.

25) *L. 71. D. de furt.* KLEINSCHROD c. l. §. 18.

26) *L. 18. pr. D. h. t.*

27) *L. 18. §. 1. D. h. t.*

28) *L. 18. pr. D. h. t. L. 5. §. 4. D. de in litem iurando.* WEHRN cit. Doctrina Cap. II. §. 5. nr. XII. pag 52.

3) daß der Beklagte, wenn er seines Betrugs wegen verurtheilt wird, seinen guten Namen verliert[29]). Diese Strafe der Ehrlosigkeit findet jedoch nur dann Statt, wenn der Beklagte die vorläufige Sentenz des Richters, (arbitrium iudicis) welche ihm die Restitution und Schadloshaltung des Klägers auferlegte, nicht gutwillig befolgte[30]). Denn auch die actio doli ist eine actio arbitraria[31]) bey welcher der Beklagte aller weiteren Verurtheilung und also auch der dieselbe begleitenden Ehrlosigkeit entgieng, wenn er dem billigen Ermessen des Richters ein Genüge leistete[32]). Es wird ferner vorausgesetzt, daß der Beklagte wegen des begangenen Betrugs in eigenem Namen verurtheilt worden[33]). Denn war der Proceß durch einen Procurator geführt, und wider diesen die Sentenz gesprochen worden, so fiel, wegen des dominii litis, die Wirkung der Ehrlosigkeit bey einer actione famosa weg[34]). Wegen dieser besondern Wirkung der Ehrlosigkeit, welche die Verurtheilung des Beklagten bey der actione doli hat, darf aber auch

1) die Läsion nicht unerheblich seyn, sie muß wenigstens die Summe von zwey aureis, oder Ducaten, übersteigen[35]).

2) Der

29) *L.* 1. §. 4. *D. h. t.*

30) *Io. Matth.* MAGNUS Rationum et Differentiarum iuris civ. lib. I. cap. 5. (*Thes. Meermann.* T. III. pag 283.)

31) *L.* 18. *pr. D. h. t.* Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, et, nisi fiat restitutio, sequitur, condemnatio, quanti ea res est.

32) §. 31. *I. de Actionib.*

33) *L.* 4. §. *ult. D. de his, qui not. infam.*

34) *L.* 6. §. 2. *D. eodem.*

35) *L.* 9. §. *ult. L.* 10. *et L.* 11. *pr. D. h. t.* CUJACIUS in Comment. ad h. t. behauptet hier, zu den Zeiten des Paulus hät-

2) Der Kläger darf keine geringere oder schlechtere Person seyn, als der Beklagte. Keiner aus gemeinem Stand darf daher diese Klage gegen eine vornehme Standesperson, noch Jemand, der seiner Lebensart wegen verächtlich ist, dieselbe gegen eine solche Person anstellen, welche einen bessern und unbescholtenen Lebenswandel führt [36]).

3) Der Beklagte darf auch mit dem Kläger nicht in einem solchen Verhältniß stehen, daß ihm der letztere Ehrerbietung schuldig ist [37]). Daher können Kinder diese Klage nicht gegen ihre Eltern anstellen. Endlich

4) dauert auch die actio doli nur zwey Jahre, wie ich bereits an einem andern Orte (§. 439.) bemerkt habe, und diese fangen gleich von der Zeit zu laufen an, da der Betrug begangen worden, wofern man nicht etwa wegen einer Abwesenheit in öffentlichen Geschäften zu klagen gehindert würde [38]).

455.

hätten die Römer noch keine aureos gehabt, und lieset daher in der *L. 10. D. h. t.* usque ad duo millia sestertiorum. Allein 1) galt ein *aureus* bey den Römern nur 100 Sesterzien, wie HUBER in Eunomia Rom. pag. 31. sq. ganz evident gezeigt hat; und dann waren auch 2) schon zu Plinius Zeiten, und lange vorher, die aurei bekannt, wie aus PLINII Histor. natur. Lib. XXXIII. cap. 3. erhellet. Man sehe DOMPIERRE h. t. §. 22. und EIENER Histor. iur. civ. de Restitutionibus in integr. Cap. VII. pag. 39.

36) *L. 10. §. 1. D. h. t.*

37) *L. 10. §. 1. eod.*

38) *L. 3. L. 8. Cod. de dolo malo.* VOET ad Pand. h. t. §. 14.

§. 455.

Wegen des Betrugs findet auch eine *actio in factum* Statt. Heutiger Gebrauch der *actionis de dolo.*

Auſſer jener Pönalklage de dolo malo giebt es nun noch eine andere Klage, welche in den Fällen Statt findet, wo man die actionem doli nicht anſtellen kann. Dies iſt die *actio in factum*, welche dreyßig Jahre dauert, und ohne Rückſicht auf den Werth oder Betrag des Gegenſtandes, auch ohne Anſehen der Perſon, nicht nur gegen denjenigen ſelbſt, welcher den Betrug begangen, ſondern auch gegen den Dritten, der daran keinen Antheil genommen hat, inſofern er nämlich mit dem Betrüger als eine Perſon angeſehen werden kann, wie z. B. der Erbe, oder der Pupill in Anſehung ſeines Vormundes, oder der Principal in Anſehung ſeines Bevollmächtigten[39]), in dem Falle angeſtellet wird, da der Beklagte durch ſeinen Betrug noch bereichert iſt, oder wenigſtens von dem Betruge des Andern Vortheil gezogen hat. Dieſe Klage geht daher bloß auf Herausgabe des unbilligen Gewinns, und die Verurtheilung iſt hier der Ehre des Beklagten ganz unnachtheilig[40]). Denn man ſetzt hier den Grund ſeiner Klage nicht

39) Denn auch dieſe actio in factum iſt keine actio in rem ſcripta, wie WESTPHAL in Progr. de duplici actione reſtitutoria omnibus fere in integr. reſtitutionibus praetoriis communi §. 15. ſehr gründlich gezeigt hat.

40) *L. 28. §. 1. D. h. t.* Sed utique *in heredem* perpetuo dabitur, *quia non debet lucrari ex alieno damno.* Cui conveniens eſt, ut et in ipſo, *qui dolum commiſerit*, in id, quod *locupletior* eſſet, *perpetuo* danda ſit IN FACTUM ACTIO *L. 29. D. eod.* Sabinus putat, calculi ratione potius, quam maleficii

nicht in dem Betruge des Beklagten, sondern in der bona fide, wie Ulpian[41]) sagt, d. i. in der Billigkeit, vermöge welcher der Beklagte verbunden ist, dasjenige, wodurch er zum Schaden des Klägers bereichert ist, herauszugeben.

Uebrigens denken die Rechtsgelehrten über den heutigen Gebrauch dieser prätorischen Rechtsmittel sehr verschieden. Nach einigen[42]) soll zwischen der actio doli und der

leficii heredem conveniri: denique *famosum non fieri;* ideoque *in perpetuum* teneri oportere. *L.* 30. *D. eodem.* Neque *causae cognitio* in heredis persona erit necessaria; nämlich diejenige Untersuchung welche bey der actione doli in Ansehung der Summe des Schadens oder wegen des persönlichen Verhältnisses der Partheyen nöthig ist, wird hier nicht erfordert, weil bey der actione in factum darauf gar nichts ankommt.

41) L. 11. §. 1. D. h. t. Quibusdam personis non dabitur (sc. *de dolo actio*) utputa vel liberis vel libertis adversus parentes patronosque: cum sit famosa. Sed nec humili adversus eum qui dignitate excellet, debet dari: — Quid ergo est? In hac persona dicendum est, *in factum verbis temperandam actionem* dandam, ut *bonae fidei* mentio fiat. *L.* 12. *D. eodem.* Ne ex dolo suo lucrentur. Man sehe hier vorzüglich VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 10. in fin.

42) S. *Nic. Hier.* GUNDLING Diss. de usu pract. actionum bonae fidei et stricti iuris. (*Halae* 1724.) §. 36. *I. Iac.* STOER Diss. de actione doli mali. (*Altorf.* 1717.) Cap. 3. *Burch. Christ. de* BEHR Diss. de actione de dolo malo, malitiarum Romanarum everriculo, suppellectile nostro foro minus necessaria. *Goettingae* 1738. *Christ. Guil.* WEHRN Doctr. iuris explicatr. principiorum et causarum damni praestandi Cap. II. §. 5. nr. VII. not. 34. und nr. XI. not. 84. Höpfner im Commentar

actio in factum heutiges Tages gar kein Unterschied mehr seyn. Sie sagen, die actio doli infamire an sich, nach unsern Grundsätzen, nicht mehr. Also könnten auch alle jene Einschränkungen, alle die Differenzen, welche das Römische Recht zwischen der actio doli und der actio in factum macht, von keinem practischen Nutzen seyn. Denn alle gründeten sich darin, daß die actio doli nach dem römischen Rechte infamire. Wenn also heutiges Tages Jemand durch den Betrug eines andern Schaden gelitten, es sey in oder ausser einem Contract geschehen, so klage der Hintergangene auf Ersatz des Schadens; ob er aus dem Contract, oder actione doli oder in factum klage, darauf komme gar nichts mehr an. Denn die Klage werde ja in der Klagschrift nicht mehr mit Namen genennt. Ja wenn man auch den Beklagten förmlich und wörtlich eines Betrugs beschuldigte, so würde man doch die Klage nicht mehr nach den Römischen Grundsätzen von der actione doli beurtheilen, folglich auch nicht bloß auf den Fall eines beträchtlichen Schadens, noch auf den kurzen Zeitraum von zwey Jahren einschränken können. Man würde sonst den Betrug unbilliger weise begünstigen. Dies streite gegen die teutsche Biederkeit, welche nicht erlaube, Vernunft und Billigkeit den römischen Quisquilien und Subtilitäten aufzuopfern, und unter dem Schilde derselben dem Betrug und der Bosheit das Wort zu reden. Die Klage wegen des Betrugs dauere daher h. z. T. immer 30 Jahre.

Allein die actio doli und in factum sind in Ansehung ihres Grundes, ihres Zwecks, ihrer Wirkung und ihrer Dauer

tar über die Institutionen §. 1008. S. 973. und *Ernst. Christ.* WESTPHAL Progr. de duplici actione restitutoria omnibus fere in integr. restitutionibus praetoriis communi, §. 16.

Dauer von einander so verschieden, daß, ohne Verwirrung, wohl schwerlich eine für der andern willkührlich gebraucht werden kann. Daß nun diese Differenzen durch den heutigen Gerichtsgebrauch sollten aufgehoben seyn, ist unerweislich, wenigstens zeigt Hommel[43]) das gerade Gegentheil. Es ist wahr, wegen der contractuum stricti iuris wird wohl heutiges Tages die actio de dolo malo nicht mehr zur Sprache kommen, und wegen der bonae fidei Contracte bedurften selbst die Römer ihrer nicht. Allein schon Böhmer[44]) hat bemerkt, daß sich der Gebrauch der actionis doli wenigstens in dem Falle nicht bezweifeln lasse, da man auſſer einem Contract durch den Betrug eines andern in Schaden gesetzt worden ist. Noch eher liesse sich bezweifeln, ob die Klage heutiges Tages infamire, weil theils diese Wirkung von dem ganz eigenen Verfahren abhieng, welches nach der Römischen Gerichtsordnung bey einer actione arbitraria, dergleichen die actio doli war, Statt hatte[45]); theils weil die Infamie in Teutschland nicht nach der Strenge des römischen Rechts beurtheilt wird, und daher nach teutschen Rechtsprincipien nicht leicht Statt findet, wo nicht des begangenen Verbrechens wegen zugleich eine peinliche Strafe zu erkennen ist[46]). Dessen ungeachtet streiten doch auch hierin mehrere

43) Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Observat. 613. Man sehe auch Schmidts öffentliche Rechtssprüche Nr. LXXXXIV. §. 1. S. 628. folg.

44) Doct. de actionibus Sect. II. cap. XI. §. 39.

45) MAGNUS Lib. I. Rationum et Differentiarum iuris civ. cap. 5. (*Thes. Meerm.* T. III, pag. 272. sq.)

46) Quistorps Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 77. Not. i. und Kleinschrod's systemat. Entwickelung

rere Rechtsgelehrten[47]) für den heutigen Gebrauch des Römischen Rechts. Um so weniger läßt sich daher gegen die kurze Dauer dieser Klage auch heutiges Tages mit Grunde etwas einwenden[48]), wenn man zumal erwägt, daß sie ja auch noch in mehrfacher andern Rücksicht eine Pönalqualität hat, wie ich oben (S. 525.) gezeigt habe, obgleich freylich heut zu Tage nicht gerade erfordert wird, daß der Proceß binnen zwey Jahren geendiget werden müßte, weil bey uns alle actiones temporales durch die Litisconteſtation perpetuirt werden[49]). Es thut auch gar nichts zur Sache, daß man in der Klagschrift den Namen der Klage nicht mehr ausdrückt. Das Factum muß doch immer so vorgetragen werden, daß der Richter aus deſſen Darſtellung und dem Geſuch der Klage die Art derſelben erkennen kann. Seßt nun der Kläger den Grund seiner Klage darin, er habe durch des Beklagten Betrug den Scha-

lung der Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 3. Theil §. 88.

47) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 2. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. VIII. in fin. und Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1293. am Ende.

48) BRUNNEMANN Commentar. ad L. ult. Cod. h. t. STRYK c. l. §. 3. SCHILTER Praxi iur. Rom. Exercit. XI. §. 21. WERNHER Select. Obſervat. for. T. II. Part. X. Obſ. 287. und *de* CANNGIESSER Collect. Deciſion. Haſſo Caſſellan. T. II. Deciſ. CCXXXVI. nr. 15. pag. 302. und Deciſ. CCXXXVII. nr. 1. pag. 313.

49) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 20. Schmidts theor. praktiſcher Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. 5. Th. §. 1294. S. 172.

Schaden erlitten, dessen Ersatz er nebst allem Interesse von demselben fordert, so sieht ja der Richter, ohne daß die Klage mit Namen genennt ist, daß hier die actio doli angestellet worden; so wie im Gegentheil jedem Sachkundigen in die Augen leuchten wird, daß die actio in factum angestellet sey, wenn der Kläger, ohne den Beklagten eines Betrugs zu beschuldigen, sich bloß darin gründet, daß derselbe mit seinem Schaden reicher geworden, und daher der Billigkeit nach ihm diesen Gewinn herauszugeben verbunden sey. Folgt denn nun aber daraus, daß bey der einen Klage eben das Rechtens seyn müsse, was von der andern gilt? Endlich läßt sich auch mit Grunde nicht behaupten, daß durch die Anwendung des Römischen Rechts der Betrug begünstiget werde. Denn entweder ist der Betrüger durch den begangenen Betrug wirklich reicher geworden, oder nicht. Im letztern Falle ist es eine Strafe für den Beklagten, daß er dennoch das Interesse vergüten muß, und ein Vortheil für den Kläger, daß er solches durch seinen Eid bestimmen kann. Will er diesen Vortheil genießen, so muß er sich auch die gesetzlichen Bedingungen gefallen lassen, und die Klage zu gehöriger Zeit anstellen. In dem erstern Falle hingegen wird sich der Betrüger, wenn er mit der actione in factum belangt wird, nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts nie auf eine Verjährung berufen können, weil hierzu eine bona fides erfordert wird [50]). Es wird daher heutiges Tages die actio in factum nur in dem Falle nach dreyßig Jahren

50) WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praestandi Cap. II. §. 5. not. 84. pag. 52. und WESTPHAL cit. Progr. de duplici actione restitutoria. §. 16.

erlöschen, wenn der Beklagte sich zwar aus dem Betruge des Klägers reicher befindet, aber doch übrigens an dem Betruge selbst keinen Antheil genommen hat. Wird gegen den Erben des Betrügers auf Schadenersatz geklagt, so kommt es nicht einmal mehr darauf an, ob aus dem Betruge des Erblassers etwas auf ihn gekommen ist, weil der Erbe nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts, welche, wie bereits ohne (§. 449. S. 502.) bemerkt worden ist, die Praxis annimmt, für den Schaden immer so weit haften muß, als die Erbschaft zureicht[51]). Daß übrigens bey der actione doli dem Kläger der Beweis des dem Beklagten Schuld gegebenen Betrugs obliege, versteht sich, und zwar wird hierzu ein deutlicher und überzeugender Beweis erfordert, so daß an der betrügerischen Absicht des Beklagten gar nicht gezweifelt werden kann, weil man ohne dieß Niemandes Ehrlichkeit in Zweifel ziehen darf[52]). Kann man also den Beklagten keines offenbaren Dolus überweisen, so findet die actio doli nicht Statt[53]), man kann sich aber doch

51) VOET ad Pand. h. t. §. 12.

52) *L. 6. Cod. h. t.* Zu diesem Beweiß kann sich der Kläger zwar auch der Eidesdelation bedienen. WERNHER Observat. select. for. T. I. P. I. Observat. 192. in Supplem. nov. nr. 2. pag 204. REINHARTH Select Observat. ad *Christinaei* Decision. Vol. III. Obs. 3. und Schmidts öffentliche Rechtssprüche Nr XCIV. §. 1. S. 628 Nur darf der Eid nicht in solle zugeschoben werden, sondern der Kläger muß solche factische Umstände anführen, woraus sich ein Dolus schließen läßt. S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque. *Goettingae* 1772. §. 12. und *de* CANNGIESSER Decisiones Hasso-Cassellan. T. II. Decis. CCXXXVII. nr. 5. pag. 315.

53) Nam nisi ex magna et evidenti calliditate, non debet de dolo actio dari, sagt Ulpian *L. 7. §. 10. D. h. t.*

doch wenigstens der actionis in factum bedienen, wenn sich aus den Umständen eine grobe Nachläßigkeit ergiebt, die einem Betruge nahe kommt. Einen solchen Fall hat Ulpian[54]). Es bot nämlich Jemand seine eigenthümliche Sache zum Verkauf aus, und fand auch einen annehmlichen Käufer dazu. Ein Dritter nahm hierauf die Sache als sein vermeintliches Eigenthum in Anspruch, und vertrieb dadurch den Käufer. Nachher ließ er den Proceß liegen. Da diese Kühnheit des Klägers, welcher vielleicht wohl geglaubt haben kann, daß sein Anspruch gegründet sey, noch nicht gleich einen Dolus vermuthen läßt[55]); so findet hier freylich actio doli nicht Statt. Allein der Eigenthümer kann doch wenigstens den Dritten mit der actione in factum auf Ersatz des durch Absprung des Käufers erlittenen Schaden belangen[56]).

54) *L.* 33. *D. h. t.*

55) Nec enim ullus dolus est eius, qui perperam credens rem esse suam, eam vindicat, wie POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. nr. III. sagt.

56) Man sehe hier Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 5. Bd. §. 1294. S. 172.

Lib. IV. Tit. IV.

De Minoribus XXV. annis.

§. 456.

Ursprung der Restitution der Minderjährigen. Wenn findet dieselbe Statt?

Die dritte in dem Edict des Prätors besonders bestimmte Ursach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist die Minderjährigkeit. Es hatte sich zwar schon vorher das Lätorische Gesetz der Minderjährigen angenommen, wenn sie durch Betrug eines andern waren in Schaden gebracht worden[57]). Allein der Prätor erweiterte diese Rechtswohlthat, und ertheilte sie allen Minderjährigen, wenn sie auch nicht durch Betrug, sondern blos durch Uebereilung, oder durch Mangel an Einsicht und Erfahrung verletzt worden sind. Er sagt daher ganz allgemein: *Quod cum minore, quam viginti quinque annis natu, gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam*[58]) Wenn also ein Minderjähriger in irgend einem Geschäft, was nicht schon an sich nach dem strengen Recht ungültig ist[59]), einen Schaden leidet, so kann er dagegen die

57) CICERO *de Officiis* Lib. III. cap. 15. und *de Natura Deor.* Lib. III. cap. 30. Man sehe *Io. Hier.* HETZER Diss. ad Legem Laetoriam. *Lipsiae* 1749. § 11. (in *Dan.* FELLENBERGII *Iurisprud. Antiqua* Tom. II pag. 615.)

58) *L. 1. §. 1. D. h. t.* DOMPIERRE h. t. §. 4.

59) *L. 16. §. 3. D. h. t.* Et generaliter probandum est, *ubi contractus non valet*, pro certo Praetorem se non debere interponere.

die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen; wenn auch gleich der Vormund eingewilliget[60]), oder den Handel allein, ohne den Minderjährigen, geschlossen hätte[61]), oder auch der Handel gerichtlich wäre bestätiget worden[62]). Er braucht auch nicht erst seinen Vormund auszuklagen, wenn etwa dieser bey Schliessung des Geschäfts eine Unvorsichtigkeit zu Schulden gebracht haben sollte[63]). Denn auch das

60) *L. 2. C. Si tutor vel curat. interven. L. 4. C. Si adverſ. rem iudicat.*

61) *L. 47. pr. D. h. t. L. 3. C. Si tutor vel curat. interven.*

62) *L. 11. C. de praediis et aliis reb. minor.* LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LX. med. 1.

63) *L. 3. Cod. Si tut. vel curat. interven. L. fin. Cod. eodem.* Man sehe *Henr. Zach.* SPANNUTH Diſſ. de exceptione curatoris nondum excussi restitutionem in integrum a minoribus adultis petitam haud remorante, praes. *Alb. Phil.* FRICK def. *Helmſtadii* 1796. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. II. §. 823. Eine Ausnahme macht zwar die *L.* 13. §. *ult. Cod. de iudic.* in dem Falle, wenn der Vormund aus Nachlässigkeit das Triennium hat verstreichen lassen, binnen welchen nach der Verordnung des K. Justinians die Processe beendiget werden mußten. Hier soll sich der Minderjährige zuerst an seinen Vormund halten, und erst dann, wenn er von diesem nicht hat entschädiget werden können, soll er mit seinem Restitutionsgesuch gehört werden. Allein da jene römische Praescriptio triennii in Teutschland bey Processen nicht angenommen ist, hiervon auch auf alle andere Versäumnisse gerichtlicher Fatalien kein gültiger Schluß gemacht werden kann; so verstattet die heutige Praxis den Minderjährigen auch wegen versäumter Fatalien die Restitution, wenn sie sich gleich an ihren Vormündern des erlittenen Schadens wegen erholen könnten. S. *L. B.* a WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 264. und Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 137.

das Daseyn eines andern Rechtsmittels, wodurch der Minderjährige seine Entschädigung erhalten könnte, steht dem Wiederherstellungsgesuch nicht im Wege, wenn es ihm lieber ist, sich der Rechtswohlthat seines Alters zu bedienen[64]). Die Wahl kann ihm wenigstens nie präjudiciren, wenn er nach fehlgeschlagenem ersten Rechtsmittel das andere ergreifen will[65]). Nur dann fällt die Restitution weg, wenn das Geschäft des Minderjährigen schon an sich richtig, und daher derselbe durch die Hülfe des Civilrechts hinlänglich

64) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 53. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 6. Die hierher gehörige *L. 16. §. 2. D. h. t.* ist schon oben (§. 436. S. 422.) erklärt worden. Dieser ist auch die *L. 39. §. 1. D. eod.* nicht entgegen. Denn es wird daselbst dem Minderjährigen die Restitution gegen den dritten bonae fidei emtorem nicht schlechterdings abgeschlagen, sondern nur gesagt, daß er demselben alle Kosten und Meliorationen ersetzen müsse, wenn er das verkaufte Grundstück wieder haben wolle. Unter diesen Umständen thät freylich der Minderjährige besser, wenn er gegen seinen Vormund klagte, insofern ihn nämlich dieser, wie freylich hier vorausgesetzt wird, entschädigen kann. S. SPANNUTH cit. Diss. §. 6.

65) *L. fin. Cod. Si tutor vel curat. interven.* Etiam tutoribus vel curatoribus distrahentibus vel aliis contrahentibus, minores tam restitui rebus propriis, (wenn ihnen nämlich daran liegt, die veräusserte Sache selbst wieder zu bekommen) quam tutorum vel curatorum damna sequi, (nämlich wenn ihnen blos um Entschädigung zu thun ist) *nullo eis praeiudicio per electionem generando*, placuit. Sie können also nach ihrem Gefallen sich des einen oder des andern Rechtsmittels bedienen, ohne daß durch die Wahl des einen der Gebrauch des andern unstatthaft wird. S. SPANNUTH cit. Diss. §. 5.

ſich gedeckt iſt[66]). Nam ſi communi auxilio et mero iure munitus ſit, ſagt Ulpian[67]), non debet ei tribui extraordinarium auxilium[68]). Auch nur in dieſer Rückſicht iſt es zu verſtehen, wenn eben dieſer Rechtsgelehrte will, es ſolle unterſucht werden: num forte *alia actio* poſſit competere citra in integrum reſtitutionem. Denn dieſe *alia actio* iſt keine andere, als diejenige, welche ſchon das Civilrecht dem Minderjährigen wegen der Richtigkeit des Geſchäfts giebt[69]), z. B. die rei vindicatio, wenn ein Grundſtück des Minderjährigen ohne Decret der Obrigkeit veräuſſert worden iſt[70]); oder die condictio ſine cauſa, wenn er ohne Einwilligung ſeines Vormundes ein Darlehn gegeben, u. d. Man erinnere ſich hier, was in dem Titel de pactis (§. 283.) von der Fähigkeit der Un-

66) *L. 3. Cod. de in integr. reſtitut. minor. L. 2. Cod. de praediis et aliis reb. minor.*

67) *L. 16. pr. D. h. t.*

68) Ohne Zweifel nennt Ulpian die Reſtitution der Minderjährigen nur in der Hinſicht ein *auxilium extraordinarium*, weil hier der Prätor aus beſonderer Vorſorge für die Minderjährigen von der ſonſt gewöhnlichen Gerichtsordnung abwich, und, ohne einen Judex Pedaneus zu beſtellen, ſelbſt de facto und iure zugleich cognoſcirte, und den Ausſpruch that. Daher ſagt Paulus *L. 24. §. ult. D. h. t.* Ex hoc Edicto nulla *propria actio* proficiscitur: totum enim hoc pendet ex Praetoris cognitione.

69) S. SPANNUTH cit. Diſſ. §. 12. pag. 41.

70) Die *L. 47. D. de minor* hält zwar eine ſolche Veräuſſerung nicht für ungültig; allein dieſes Recht iſt durch die *L. 2. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* und *L. 22. Cod. de adminiſtr. tut.* aufgehoben. SPANNUTH cit. Diſſ. §. 5. pag. 19. not. 2.

Unmündigen und Minderjährigen sich verbindlich zu machen, und von der Rechtsbeständigkeit der von ihnen eingegangenen Geschäfte gesagt worden ist.

§. 457.

Welchen Minderjährigen steht diese Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu? Wie ist die Minderjährigkeit, besonders im Schaltjahr, zu berechnen?

Minderjährige (minores) werden nun hier überhaupt diejenigen genennt, welche das fünf und zwanzigste Jahr ihres Alters noch nicht vollendet haben[71]). Zuweilen beschränken zwar die Gesetze den Termin der Minderjährigkeit auf ein noch kürzeres Ziel, und nennen z. B. denjenigen Minorenn, der noch nicht das zwanzigste Jahr seines Alters zurückgelegt hat; wie z. E. die Lex Aelia Sentia in Absicht auf die Fähigkeit, Sklaven zu manumittiren[72]). Allein diese Bestimmung kommt hier nicht in Betrachtung, da wir die Minderjährigkeit blos in Rücksicht der Restitutionswohlthat zu bestimmen haben. In dieser Hinsicht unterscheiden wir auch hier nicht zwischen Mündigen und Unmündigen, wenn gleich sonst in einer mehr eingeschränkten Bedeutung diejenigen *Minores* genennet werden, die zwar die Pubertät aber noch nicht die Volljährigkeit erreicht haben[73]). Die Zeit der Min-

71) DOMPIERRE Specim. de Restitution. in integr. h. t. §. 1.

72) *L. 5. L. 16. Cod. de lib. causa. §. 4 I. Quib. ex cauſ. manumittere non licet.*

73) BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Minor.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 3.

Minderjährigkeit wird übrigens, in Rücksicht der Restitution[74]), natürlich computirt. Man zählt sie nämlich von dem Anfange des ersten Moments, da Jemand gebohren worden ist, und sie wird nicht eher für geendigt gehalten, als bis der letzte Tag des fünf und zwanzigsten Jahrs bis auf die letzte Minute völlig abgelaufen ist. Nach dieser Computation lehrt **Ulpian**[75]) ganz richtig, daß ein Minderjähriger noch nicht gleich für majorenn zu halten sey, wenn er seinen 26sten Geburtstag blos erlebt hat, so lange nämlich die Stunde und Minute, in welcher er gebohren worden, noch nicht erschienen ist. Gesetzt also, er habe nur noch eine Viertelstunde vorher einen ihm nachtheiligen Contract geschlossen, so hat er sich der Restitution, wegen seiner damals noch dauernden Minderjährig-

74) Denn hier gereicht es dem Minderjährigen zum Vortheil, daß die Zeit *a momento ad momentum* computirt wird. Wenn es hingegen in einem gewissen Falle dem Minderjährigen vortheilhafter ist, daß die **Civilzeitcomputation** Statt habe, und entweder das **ganze letzte Jahr** der Minderjährigkeit, oder auch der letzte Tag desselben sogleich mit seinem Anfange auch schon für vollendet geachtet werde; so gilt eine solche Zeitcomputation auch bey der Minderjährigkeit. *L.* 8. *D. de muner. et honor.* *L.* 1. *D. de manumiss.* *L.* 134. *D. de Verb. Significat.* und DOMPIERRE h. t. §. 6. VOET ad Pand. h. t. §. 1.

75) *L.* 3. §. 3. *D. h. t.* Minorem autem viginti quinque annis natu, videndum, an etiam *diem natalis sui* adhuc dicimus, *ante horam, qua natus est*; ut, si captus sit, restituatur; et *cum nondum compleverit*, ita erit dicendum, ut *a momento in momentum* tempus spectetur. Statt *diem* ist hier mit **Cujaz** die zu lesen, wie auch *Io. Conr.* RÜCKER in Diss. de civili et naturali temporis computatione in iure Cap. IV. §. 2. annimmt.

rigkeit, ohne Zweifel zu erfreuen. Endiget sich die Minderjährigkeit in einem Schaltjahre, so wird der Minderjährige, welcher am 24sten Februar in einem gemeinen Jahre gebohren worden, erst am 25sten Februar, oder, wie Celsus[76]) sagt, die bissexti priore, majorenn[77]). Denn der Sextus Calendarum Martii in einem gemeinen Jahre, oder nach unserm Kalender der 24. Februar, bestand in einem Schaltjahre bey den Römern aus zwey natürlichen Tagen, von welchen, nach römischer Art zu rechnen, nach welcher die Calendae rückwärts gezählt wurden, der dies posterior, oder nach unserm Kalender der 24ste Februar, der eigentliche Schalttag *(dies intercalaris* s. *additititius)*, der dies prior aber, oder nach unserm Kalender der 25ste Februar, der Haupttag *(dies principalis)* war[78]). Diese beyden natürlichen Tage werden nun juristisch nur für einen Tag gezählt, und der VI. Calendarum Martii wird daher *Bissextum* oder *dies bissextus* ge-

76) *L. 98. D. de Verb. Significat.* Cum *bissextum* Calendis est, nihil refert, utrum *priore* an *posteriore* die quis natus sit, et deinceps *Sextum Calendas* eius natalis dies est: *nam id biduum pro uno die habetur;* sed *posterior dies intercalatur*, non *prior.* Ideo, quo anno intercalatum non est, sexto Calendas natus, cum *bissextum* Calendis est, *priorem diem natalem habet.*

77) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. hat daher ganz Recht, wenn er sagt: *Si in diem bissextum majorennitas incidat, minor non nisi lapso utroque die major fit; quasi aucto minorennitatis tempore per diem intercalarem.*

78) S. des Hrn. Kanzler Koch's Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, Civilzeitcomputation und Schalttag. (Giessen 1796. 8.) §. 9.

genennt[79]). Celsus sagt also am angeführten Orte nach seiner römischen Kalenderrechnung ganz recht, daß ein Mensch, welcher VI. Calendas Martii oder am 24 Februar in einem gemeinen Jahre gebohren worden, in einem Schaltjahre nicht diem bissexti *posteriorem*, oder den 24. Februar, welcher nämlich nach dem Römischen Kalender der eigentliche Schalttag ist, sonder diem bissexti *priorem* oder den 25. Februar, zum Geburtstage habe, und also nicht eher, als bis derselbe völlig, das ist, bis auf die letzte Minute der Geburtsstunde, abgelaufen ist, für großjährig zu halten sey. Ob nun gleich in unsern Kalendern der Schalttag bekanntermassen als ein besonderer Tag gezählet wird, und daher der Februar in einem Schaltjahr 29 Tage hat; so ist doch der rechtliche Grundsatz, den auch das kanonische Recht[80]) annimmt, in der Praxis beybehalten, daß nämlich der Schalttag, welcher nach unserm Kalender wohl ohne Zweifel der 29 Februar ist[81]), nichts besonders zu rechnen, son-

79) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 269. c. S. 523.

80) *Cap. 14. X. de Verb. Significat.*

81) Hr. Kanzler Koch in den angeführten Belehrungen S. 57. ff. ist zwar geneigt zu glauben, daß noch heutiges Tages in einem Schaltjahre das bissextum, welches juristisch für einen Tag geachtet wird, auf den 24. und 25. Februar falle, und der 24. Febr. noch heut zu Tage für den eigentlichen Schalttag geachtet werden müsse. Allein Hr. Geh. Rath SCHNEIDT hat in seinem Programm. iurid. mathem chronologico, quo suam sententiam, diem bissextilem in anno bissextili diei XXIX. Februarii seu pridie Calend. Martii affixam esse, defendit contra argumenta Clariss. KOCHII (*Wirceburgi* 1796. 8.) die Gründe des Herrn Kanzlers geprüft, und hinlänglich wi-

der-

sondern mit dem 28. Februar im rechtlichen Sinne nur für einen Tag zu halten sey, insofern es nicht gerade auf eine bestimmte Zahl von Tagen ankommt. Er wird daher einem Minderjährigen, welcher am 28. Februar in einem gemeinen Jahre gebohren worden, in Ansehung der Restitution auch noch heutiges Tages dergestalt zu gute gerechnet, daß derselbe erst am 29. Februar für großjährig zu halten ist[82]). Dahingegen wird derjenige, welcher in einem Schaltjahre am 29sten Februar gebohren ist, wenn sein fünf und zwanzigstes Lebensjahr in ein gemeines Jahr fällt, nicht am 1sten März, sondern am 28sten Februar majorenn. Denn der 29. Februar in einem Schaltjahre ist und wird der 28. Februar in einem gemeinen Jahre, weil der Schalttag juristisch nicht besonders gerechnet, sondern mit dem vorhergehenden nur für einen Tag gehalten wird[83]).

Wer

verlegt. Die Paar Worte, die Hr. Kanzler Koch über dieses Programm in der Bestättigung seiner Belehrungen (Giessen 1798. 8.) S. 32. f. hat abdrucken lassen, wegen zur Entscheidung nichts bey. Denn sie betreffen nicht die Hauptfrage, nämlich ob der 29. Februar der Schalttag bey den Teutschen sey? sondern gehen nur darauf, daß bey den Römern der 24. Febr. der eigentliche Schalttag gewesen sey; und sind übrigens von dem Hrn. Geh. R. Schneidt in seinem letzten Worte oder Schlußsatz (Würzburg 1798. 8.) sehr gut erwiedert worden.

82) VOET in Commentar ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 3. §. 2. sagt: *Cui consequens est, ut si nunc natus quis sit hora sexta diei 28. Februarii, et annus eius vigesimus quintus incidat in annum mensemque bissextilem, pro maiorenne ad exclusionem restitutionis habendus non sit, nisi hora sexta diei 29. Februarii, qui intercalatus unum cum vigesimo octavo diem facit.*

83) Arg. *L.* 3. §. 3. *D. h. t.* wo es heißt: Proinde etsi *bissexto* natus est, sive *priore*, sive *posteriore* die, Celsus scripsit, nihil

Wer also am 29. Februar in einem Schaltjahre gebohren ist, dessen Geburtstag fällt in einem gemeinen Jahre auf den 28. Febr. weil man sonst die Ungereimtheit annehmen müßte, daß ein solcher Mensch in einem gemeinen Jahre keinen Geburtstag habe[84]).

Ob übrigens der Minderjährige zu der Zeit, als das ihm nachtheilige Geschäft vorgieng, schon gebohren gewesen oder nicht, ist gleichviel, weil auch das noch ungebohrne Kind in solchen Fällen, wo es auf dessen Vortheil ankommt, für schon gebohren gehalten wird[85]). Es kommt auch darauf nicht an, ob der Minderjährige schon sui iuris, oder noch unter der väterlichen Gewalt ist; denn auch einem minderjährigen filiofamilias kommt die Restitutionswohlthat in solchen Fällen zu, wo er mit Wirkung aus einem geschlossenen Geschäft belangt werden kann, ohne sich mit einer Exception des Civilrechts, wie z. B. mit der exceptione Senatusconsulti Macedoniani, im Falle eines contrahirten Darlehns, schützen zu können[86]).

Eben so wenig hat Stand und Religion des Minderjährigen auf die demselben zustehende Restitutionswohlthat

nihil referre; *nam id biduum pro uno die habetur.* Celsus, auf den sich Ulpian beruft, setzt in der oben angeführten Stelle *L. 98. D. de V. S.* noch hinzu: et deinceps *Sextum Calendas* eius *natalis dies* est.

84) S. DOMPIERRE Specim. de Restitution. in integrum h. t. §. 7. und Kochs Belehrungen S. 54.

85) *L. 45. pr. D. h. t.* Etiam ei, qui, *priusquam nasceretur*, usucaptum amisit, restituendam actionem, LABEO scribit.

86) *L. 3. §. 4. D. h. t.* DOMPIERRE h. t. §. 78—80.

einigen Einfluß [87]). Sie kommt ihm daher zu, er mag Christ oder Jude seyn [88]); denn insofern Juden den Schutz des Staats genieſſen, sind sie auch der gemeinen Rechte theilhaftig, welche allen andern Unterthanen, ohne Rücksicht auf einen besondern Stand in der bürgerlichen Gesellschaft, zustehen [89]).

§. 458.

Welchen Minderjährigen kommt die Wohlthat der Restitution nicht zu?

Der Grund, aus welchem der Prätor den Minderjährigen gegen die ihnen nachtheiligen Rechtsgeschäfte die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand giebt, ist unstreitig der, weil solche junge Leute aus Mangel an gesetzter Ueberlegung, und gehöriger Kenntniß und Erfahrung, leicht in Schaden gerathen können [90]). Wo also dieser gesetzliche Grund wegfällt, da kann auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht Statt finden. Die Restitutionswohlthat kommt daher

1) einem solchen Minderjährigen nicht zu, welcher als **Meister einer gewissen Kunst oder eines gewis-**

87) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

88) *Frid. Es. a* PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 195. und *de* CRAMER Observ. iur. univ. Tom. III. Obs. 950.

89) **Rundens Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts** §. 641. folg.

90) *L. 1. pr. D. h. t.* **Hier sagt Ulpian:** Hoc Edictum Praetor, naturalem aequitatem sequutus, proposuit: quo tutelam minorum suscepit Nam cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatis consilium, et multis captionibus suppositum, multorumque insidiis expositum: auxilium eis Praetor hoc Edicto pollicitus est, te adversus captiones opitulationem.

wissen Gewerbes gehandelt hat. Ein ausdrückliches Gesetz, wodurch dieser Satz bestimmt wäre, kann zwar nicht angeführt werden[91]). Daher die Rechtsgelehrten, die ihn übrigens für richtig halten, insgemein zu einem Gewohnheitsrechte ihre Zuflucht nehmen[92]). Allein wie mißlich es um diese Quelle aussieht, ergiebt sich schon daraus, weil die angeführten Rechtsgelehrten sich selbst nicht getrauen, das Daseyn einer solchen Gewohnheit im Allgemeinen, sondern nur in Ansehung der minderjährigen Kaufleute zu behaupten[93]). Sie schliessen also, wie aus Leyser erhellet, erst von diesen ex identitate rationis auf andere Minderjährige, die eine gewisse Kunst oder Handthierung öffentlich treiben. Man hat jedoch in der That nicht nöthig, zur Bestärkung einer Wahrheit, welche uns schon die Analogie des Rechts und eine vernünftige Auslegung der Gesetze lehrt, ein mißliches Gewohnheitsrecht herbeyzuruffen. Darf der Minderjährige eine gewisse Kunst oder Handthierung öffentlich treiben, so würde sich ja die Legislation widersprechen, wenn sie ihm auf der andern Seite in Ansehung eines solchen Gewerbes die erforderliche Einsicht und Kenntniß nicht zugestehen wollte. Es fällt also bey einem solchen Minderjährigen, welcher als Meister einer gewissen Kunst gehandelt hat, der Grund des

91) Die *L. 6. Cod. de muner. patrimon. L 1. C. de his, qui ven. aetat. impet.* und *L. 3. C. Si minor se maiorem* worauf sich einige berufen, enthalten davon nichts.

92) STRACHA de mercatura P. III. nr. 26. MEVIUS ad ius Lubecense P. III. Tit. 6. Art. 21. nr. 26. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LX. med. 6. 7. et 8.

93) Man sehe auch MARQUARD de iure mercaturae Lib. I. cap. 9. nr. 14. sqq.

Gesetzes weg, zwar nicht darum, weil gerade dieser minor von der seinem Alter sonst eigenen Flüchtigkeit eine Ausnahme macht; denn es kann bey aller Geschicklichkeit in seiner Kunst dennoch der jugendliche Leichtsinn einen schädlichen Einfluß auf das unternommene Geschäft desselben gehabt haben, sondern weil sich hier das Geschäft des Minderjährigen, wie Herr Prof. **Weber**[94]) sehr gründlich gezeigt hat, auf ein bürgerliches Verhältniß bezieht, wobey eine ganz andere Regel eintritt, als diejenige, worauf die allgemeinen Gesetze von den Geschäften solcher Personen sich gründen. Dies ist der Grund, warum das Edict des Prätors von der Restitution der Minderjährigen, die aus Mangel an gesetzter Ueberlegung und gehöriger Kenntniß in Schaden gekommen sind, auf diejenigen Minderjährigen keine Anwendung finden kann, welche der Staat selbst für tüchtig erklärt hat, eine gewisse Kunst, oder Handthierung öffentlich zu treiben. Hieraus folgt nun, a) daß dieses nicht allein von Kaufleuten, sondern auch von allen übrigen Künsten und Gewerben gelten müsse, z. B. wenn ein Minderjähriger die juristische Doctorwürde erhalten hat; oder als Advocat und Procurator bey einem Gerichte angenommen worden ist[95]). b) Daß es nur von solchen Minderjährigen zu verstehen sey, welche öffentlich dazu authorisirt worden sind, eine gewisse Kunst oder Profession im Staate treiben zu dürfen[96]). c) Daß sie jedoch nur in dem Falle auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keinen Anspruch machen können, da sie in solchen Geschäften

94) In der systematischen Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 64. Not. 7. S. 239. ff.

95) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 812. nr. III.

96) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 50. et 51.

ten sich Schaden gethan haben, welche in ihre Kunst oder Gewerbe, das sie treiben, einschlagen; z. B. wenn der minderjährige Doctor iuris durch Unwissenheit der Rechte, oder der minderjährige Kaufmann in Handlungsgeschäften einen Nachtheil erlitten hätte. Denn in allen andern Geschäften, welche hierauf keine Beziehung haben, bleiben ihnen die Rechte ihres Alters unbenommen [97]). Die Restitution fällt ferner

2) bey einem solchen Minderjährigen weg, welcher *veniam aetatis* erhalten hat, d. i., welcher sich vom Landesherrn mittelst eines Privilegiums hat für majorenn erklären lassen. Ich habe von dieser venia aetatis schon an einem andern Orte [98]) ausführlicher gehandelt, und bemerke hier nur, daß ein solcher Minderjähriger, der dieselbe erhalten hat, zwar von dem Tage an, da das ausgewirkte Majorennitäts-Rescript gerichtlich intimirt worden ist, alle diejenigen Geschäfte ohne Curator gültig unternehmen könne, wozu vorher die Einwilligung desselben erforderlich war, ohne sich gegen solche Handlungen der Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedienen zu können [99]); in Absicht auf die Veräusserung unbeweglicher Güter hin-

97) VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 13. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 8. DOMPIERRE h. t. §. 9. et 10.

98) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 130. S. 198. ff.

99) *L. 1. C. de his, qui ven. aetat. impetrar.* wo der Grund beygefügt wird: ne hi, qui cum eis contrahunt, Principali auctoritate circumscripti esse videantur. Es würde auch hier widersprechend seyn, die Restitution, welche Mangel an Einsicht und Erfahrung voraussetzt, einem solchen zu gestatten, den der Landesherr selbst von der Curatel befreyet, und zur eigenen Verwaltung seines Vermögens für tüchtig erklärt hat. DOMPIERRE h. t. §. 93.

gegen nach wie vor die Qualität und Rechte der Minderjährigkeit in so weit behalte, daß selbige ohne besondere obrigkeitliche Erlaubniß nicht gültig vorgenommen werden kann [100]).

3) Wenn der Minderjährige das Geschäft nach erlangter Großjährigkeit genehmiget hat [1]), welches nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend dadurch geschehen kann, wenn derselbe nach errichteter Volljährigkeit eine Handlung unternimmt, die er, ohne das während der Minderjährigkeit geschlossene Geschäft als rechtsbeständig anzuerkennen, nicht unternehmen konnte; z. B. er bezahlt das noch rückständige Kaufgeld, oder er tradirt die verkaufte Sache, oder er nimmt das Kaufgeld an [2]). Gegen solche Handlungen kann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gefordert werden. Es muß nur nicht bey der unternommenen Handlung auch noch eine andere Absicht, als gerade die, das während der Minderjährigkeit geschlossene Geschäft zu genehmigen, gedacht werden können. Z. B. der Minderjährige hat unbedingt eine Erbschaft angetreten. Nachdem er die Großjährigkeit erreicht hatte, erhebt er einige Erbschaftsschulden. Bald darauf sucht er wider die während seiner Minderjährigkeit geschehene Erbschaftsantretung die Restitution. Hier darf er nach Ulpians [3]) Ent-

100) Kaiser Constantin hatte zwar dieses nur in Ansehung minderjähriger Frauenspersonen verordnet, welche veniam aetatis erhalten hatten, wie aus *L.* 2. §. 1. *fin. C. de his, qui ven. aet. impetr.* erhellet, allein Justinian erstreckte es auch auf Mannspersonen. *L.* 3. *C. h. t.*

1) *L.* 1. *et* 2. *C. Si major. fact. rat. hab.*

2) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 827. not. g.

3) *L.* 3. §. 2. *D. h. t.*

Entscheidung mit seinem Gesuch nicht abgewiesen werden; denn er kann ja die Erbschaftsschulden bloß darum eincassirt haben, weil sie mißlich standen, und durch Verzug hätten verlohren gehen können, ohne daß er darum die Erbschaftsantretung gut heissen wollte[4]).

4) Wenn das nachtheilige Geschäft nicht von dem Minderjährigen selbst, sondern von desselben volljährigen Erblasser geschlossen worden ist. Hiergegen kann dem Minderjährigen, blos als Erben, keine Restitution zugestanden werden[5]). So wie nicht minder

5) demjenigen Minderjährigen die Restitution billig zu versagen ist, der sich durch Betrug und Bosheit dieser Rechtswohlthat unwürdig gemacht hat. Dahin gehört,

a) wenn sich der Minderjährige betrüglicher Weise für großjährig ausgegeben hat. Es wird jedoch ausdrücklich vorausgesetzt, daß derjenige, mit welchem der Minderjährige das Geschäft geschlossen hat, in bona fide sey, und denselben aus einem verzeihlichen Irrthum für volljährig gehalten habe[6]). Denn hätte dieser den Minderjährigen selbst zu dem Betruge verleitet; so würde eine Compensation, und zwar zum Vortheil des Minderjährigen, Statt finden[7]). Eben so wenig würde aber auch alsdann die Restitution dem

4) DOMPIERRE h. t. §. 90.

5) *L.* 38. *D. h. t. L.* 2. *Cod. Si adverf. vendit. pign.*

6) *L.* 32. *D. h. t.* L. 2. C. Si minor se majorem dixerit. VOET h. t. §. 43.

7) *L.* 3. *Cod. Si minor se major dix.* FRANTZKIUS Comment. h. t. nr. 20. LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. §. 31. WERNHER select. Observat. for. T. I. P. V. Obs. 119. andere Meinung ist de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 20.

Minderjährigen abgesprochen werden können, wenn er blos aus Irrthum sich für majorenn gehalten, oder auf eine solche Art verletzt worden wäre, daß er auch, als großjährig, restituirt werden müßte.

b) Wenn der Minderjährige sich eines Verbrechens schuldig gemacht hat. *Placet*, sagt **Ulpian** [8]), *in delictis minoribus subveniri.* Er muß nur aber freylich in dem Alter seyn, daß er eines imputabeln Verbrechens fähig ist [9]); er muß also entweder mündig, oder wenigstens der Mündigkeit nahe seyn [10]). Ist dieses, so kann er sowohl dolos, als culpos handeln, und wird sich vergeblich auf die Wohlthat seines Alters berufen, wenn er wegen des durch das Verbrechen verursachten Schadens zum Ersatz belangt wird, gesetzt auch, daß er aus seiner unerlaubten That keinen Vortheil gezogen hätte [11]). Nur in Ansehung der verwirkten Strafe gestatten die Gesetze den Minderjährigen eine Milderung, wenn nämlich

α) von

8) *L. 9. §. 2. D. h. t.* Eben so *L. 4. §. 26. D. de doli mali et met. except.* u. *L. 36. D. ad Leg. Iul. de adulter.*

9) *L. 7. C. de poenis. §. 18. I. de obligat. ex delicto. L. 13. §. 1. D. de dolo. L. 111. pr. D. de Reg. iur.* Man sehe **Webers** systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 71. S. 298.

10) S. **Grollmanns** Bibliothek für die peinl. Rechtswissenschaft 1. Th. 1. Stück Nr. II. S. 35. ff. und meinen **Commentar** 2. Th. §. 130.

11) *L. cit 9. §. 2. D. h. t.* wo **Ulpian** die Frage aufwirft: An minori delinquenti subveniatur, *si ex delicto nihil ad eum pervenit?* Er entscheidet den Fall so: nec hic subvenietur.

α) von geringen Vergehungen die Frage ist, und aus den Umständen der That kein besonderer Vorsatz, sondern mehr eine Culpa hervorleuchtet [12]).

β) Wenn der Minderjährige blos aus Unwissenheit des positiven Rechts gefehlt hat [13]); und

γ) wenn sonst ein in dem jugendlichen Alter sich gründender besonderer Umstand hinzukommt, der einen geringern Dolus vermuthen läßt; in welchem Falle den Minderjährigen auch sogar bey schweren peinlichen Verbrechen eine Milderung zu statten kommt [14]). **Tryphoninus** [15]) sagt: In delictis autem minor annis viginti quinque non meretur in integrum restitutionem, utique atrocioribus, nisi quatenus interdum *miseratio aetatis* ad mediocrem poenam iudicem produxerit. Diese miseratio aetatis soll hier einen solchen Milderungsgrund ausdrücken, welcher aus der gewöhnlichen Beschaffenheit des jugendlichen Alters, nämlich dem Leichtsinn, und der Unwissenheit, oder den heftigen Trieben und Leidenschaften, seine Unterstützung erhält. Zuletzt ist noch

6) zu bemerken, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch dann keine Statt findet, wenn sich der Minderjährige zur Festhaltung eines geschlossenen Handels mit-

12) *L. 1. C. Si adverf. delictum.*

13) *L. 38. §. 7. D. ad L. Iul. de adult. L. 4. C. de inceſt. et inutil. nupt.*

14) S. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 1. Th. §. 83. u. §. 88.

15) *L. 37. §. 1. D. h. t.*

mittelſt Eides verbindlich gemacht hat[16]). Denn das Geſuch der Reſtitution würde hier Eidesbrüchigkeit verrathen, und der Minderjährige ſchon deswegen der Wohlthat ſeines Alters unwürdig ſeyn[17]). Es wird jedoch vorausgeſetzt, daß der Minderjährige die Jahre der Pubertät bereits erreicht haben müſſe[18]). Der Eid eines Unmündigen hat an ſich nicht mehr Kraft, als das Geſchäft ſelbſt, zu welchem er hinzugekommen iſt. Denn bey Unmündigen mangelt es an einer der nothwendigſten Eigenſchaften eines verbindlichen Eides, nämlich an Einſicht, und hinlänglicher Erkenntniß[19]). Eben dies gilt auch von pubertati proxi-

16) S. Quiſtorp von eidlich geſchehenen Verſprechen und Verzichtleiſtungen der Minderjährigen, in Deſſelben Beyträgen zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien (Roſtock und Leipzig 1787. 8.) Nr. XXIV. pag. 370. ff.

17) Kr. Alexander ſagt in der *L. 1. C. Si adverſ. vendit.* Si minor annis viginti quinque emtori praedii caviſti, nullam de caetero te eſſe controverſiam facturum, *idque etiam iureiurando corporaliter praeſtito ſervare confirmaſti*, neque *perfidiae* neque *periurii me auctorem tibi futurum* ſperare debuiſti.

18) *Auth.* Sacramenta puberum. *Cod. Si adverſus venditionem.* Nach dem kanoniſchen Rechte wird ein Alter von 14 Jahren für hinreichend gehalten. *c. 15. Cauſ. XXII. qu. 5.* und in dem *cap. 3. de iudiciis in 6to* wird die allgemeine Regel gegeben, daß *in cauſis ſpiritualibus* die Großjährigkeit nach zurückgelegtem 14. Jahre eintrete. S. *Chriſt.* HANEWINCKEL Diſſ. de iurisiurandi in contractibus puberum confirmandis efficacia. *Goett.* 1765. Cap. II. §. 7.

19) *L. 26. D. de iureiur.* Pupillus non videtur peierare, quia ſciens fallere non videtur.

proximis[20]). Denn wenn gleich solche Unmündige eines bösen Vorsatzes fähig gehalten werden, und delinquiren können; so hat doch dies auf die Verbindlichkeit des Eides bey den Verträgen und erlaubten Geschäften solcher Personen keinen Einfluß, wie **Voet**[21]) hinlänglich gezeigt hat. Nach dem Römischen Rechte wird ferner, wenn dem Minderjährigen wegen der eidlichen Bestärkung seines gethanen Versprechens keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeihen soll, vorausgesetzt, daß das Geschäft, zu welchem der Eid hinzugekommen, an sich gültig sey. So verstehen wenigstens die meisten Ausleger die angeführte Verordnung des Krs. **Alexander**[22]); weil es nach dem Röm. Recht ausser Zweifel ist, daß der Versprechungseid solchen Geschäften, welche die bürgerlichen Gesetze für ungültig erklären, keine Rechtsbeständigkeit verschaffen könne[23]). Allein da nach dem kanonischen Rechte ein jedes eidlich bestättigtes Versprechen, mit dessen Erfüllung nicht der Verlust der ewigen Seeligkeit unzertrennlich verbunden ist, genau und pünktlich erfüllet werden muß[24]), insofern nämlich der Eid mit

20) *Ge. Henr.* AYRER Progr. de impuberibus etiam pubertati proximis ad nullum iusiurandum admittendis adj. Diss. cit. *Hanewinkel.*

21) Comment. ad Pand. h. t. §. 46. Anderer Meinung ist jedoch PERETZ Praelect. ad Tit. Cod. Si adv. vendit. nr. 5.

22) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 47. *Ed* CALDERA de Erroribus Pragmaticor. Lib. II. cap. 4. nr. 3. (in *Thes. Meermann.* T. III. pag 567.) VINNIUS select. iur Quaestion. Lib. I. cap. 15. MALBLANC Doctr. de iureiurando §. 82 not. 440.

23) *L.* 7. §. 16. *D. de pactis.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 341. S. 549. f

24) *Cap.* 2. *et* 28. *X. de iureiur. Cap.* 2. *de pactis in* 6*to.*

mit genugsamer Ueberlegung abgeleistet worden, einem Dritten unnachtheilig ist, und sich so wenig auf Furcht und Zwang, als auf Betrug des andern Theils gründet[25]; so hat K. Friedrich I. in Gemäßheit dieser Grundsätze verordnet, daß ein Minderjähriger, der sich zur Festhaltung eines Geschäfts mittelst Eides freywillig verbindlich gemacht hat, mit seinen Einwendungen dagegen nicht gehört werden soll, es mag das Geschäft, worauf sich das eidliche Versprechen beziehet, nach dem bürgerlichen Recht gültig und verbindlich seyn, oder nicht[26]. Vermöge dieser Verordnung hat es daher keinen Zweifel, daß ein solcher Contract, welcher von dem Minderjährigen mittelst Eides bestärkt worden ist, eben so wenig aus dem Grunde angefochten werden dürfe, daß das Geschäft wegen Mangels an vormundschaftlicher Einwilligung oder obrigkeitlicher Bestätigung an sich nichtig sey, als daß wegen einer etwa erweislichen Läsion eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen gesucht werden könnte; wenn nur übrigens dem Gegentheil kein Betrug zur Last fällt, der Minderjährige auch weder durch Furcht oder Zwang, noch durch andere widerrechtliche Mittel zur Leistung seines Versprechens gebracht worden, sondern alles von demselben aus freyen Willen geschehen ist[27].

Es

25) *Cap. 8. 17. et 25. X. de iureiur.*

26) *Auth.* Sacramenta Puberum *Cod. Si adverf. vendit.* wo es heißt: Sacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis, inviolabiliter cuſtodiantur. Per vim autem vel per iuſtum metum extorta etiam a maioribus nullius eſſe momenti iubemus.

27) Daß hiermit auch der teutſche Gerichtsgebrauch übereinſtimme, bezeugen L. B. *a* WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 217. und Tom. III. P. I. Obſ. 26. a PUF-

FEN-

Es wollen zwar verschiedene Rechtsgelehrten auch die Verordnung des Kaisers **Friedrich** blos von solchen Geschäften verstehen, die von dem Minderjährigen mit Zuziehung seines Curators, und, wo es die Gesetze erfordern, auch mittelst Dekrets der Obrigkeit geschlossen worden, und also an sich nach den bürgerlichen Gesetzen gültig sind; sie glauben, daß wegen der hinzugekommenen eidlichen Bestätigung nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die sonst nach bewiesener Läsion Statt gefunden haben würde, nun nicht weiter zur Anwendung kommen könne, und diese Meinung suchen sie mit den Worten: *super contractibus rerum suarum non retractandis* zu rechtfertigen[28]). Allein diese Meinung widerlegt sich von selbst, wenn man erwägt, daß Kr. **Friedrich** durch die mehrgedachte Authenticam einen gelehrten Streit zwischen den beyden berühmten Glossatoren, dem **Bulgarus** und **Martinus**, entschieden habe, welcher gerade die Frage betraf, ob ein an sich ungültiges Geschäft des Minderjährigen, z. B. wenn die Veräusserung eines demselben gehörigen Grundstücks ohne Dekret der Obrigkeit geschehen, durch den hinzugekommenen Eid unwiderruflich

FENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 148. *I. H.* BOEHMER in Iure Eccles. Protestant. T. I. Lib. II. Tit. 24. §. 28. sq. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 34. MALBLANC Doctr. Iureiurando §. 118. Not. 171. und **Hymmens** Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten 7. Samml. S. 70. f.

28) VOET ad Pand. h. t. §. 47. *Ant.* FABER de Errorib. Pragm. Dec. XXXIX. Err. 2. sq. et Dec. XLI. Err. 4. sqq. HUNNIUS Resolut. ad *Treutler.* Vol. I. Disp. 11. th. 9. Qu. 98. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXI. c. 13.

lich gültig werde[29])? und daß ferner der Ausdruck *retractare contractum* nichts anders bedeute, als von einem geschlossenen Contract wieder abgehen, ohne Unterschied, er sey nach dem Civilrecht gültig oder ungültig[30]). Ob übrigens das eidliche Versprechen des Minderjährigen, wenn es die gedachte Rechtsbeständigkeit haben soll, mittelst eines körperlichen Eides geschehen müsse, oder ob es nicht eben so kräftig sey, wenn der Eid auch nur schriftlich geleistet, und die denselben enthaltende Urkunde von dem Minderjährigen unterschrieben worden, ist eine sehr streitige Rechtsfrage. In der Authentica des Krs. **Friedrich** I. wird nichts davon erwähnt. Nun redet zwar die angeführte Verordnung des Krs. **Alexander** von einem *iureiurando corporaliter praestita;* allein es scheinen diese Worte eines Theils interpolirt zu seyn[31]), in den Basiliken kommt wenigstens der Beysatz *corporaliter* nicht vor; andern Theils aber wird in der gedachten Verordnung auch nur enunciative, nicht aber dispositive von einem körperlichen Eide geredet[32]). Es wird daher nach der gemeinen Lehre der bewährtesten Rechtsgelehrten zur Bestärkung eines eidlichen Versprechens, in sofern nicht besondere Landesgesetze einen körperlichen Eid erfordern, ein schriftlicher Eid für eben so kräftig und verbindlich gehalten

29) PANCIROLLUS de claris Leg. Interpretibus Lib. II. cap. 14. p. 126. Man vergleiche auch hier die Stelle, die ich in dem Titel de pactis §. 341. Not. 57. S. 554. aus den Glossen des **Odofredus** angeführt habe.

30) WERNHER T. I. P. I. Obs. 217. nr. 6. sqq. und BACHOVIUS ad *Treutlerum* T. I. Disp. XI. Th 9. lit. C.

31) MALBLANC de iureiurando §. 82. Not. 440. pag. 333.

32) S. Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decisiones P. I. Consil. XXXVIII. nr. 21. pag. 444.

ten[33]). Indessen stehen dieser Meinung doch wichtige Zweifel entgegen, wenn man bedenkt, daß auch in andern Fällen die Gesetze bey Minderjährigen in Absicht auf die Zulässigkeit des Restitutionsgesuchs einen Unterschied machen, ob die von einer solchen Person geschehene Betheurung mittelst eines leiblichen oder mittelst eines schriftlich geleisteten Eides geschehen ist[34]); und es läßt sich auch nicht läugnen, daß dieser Unterschied einen ganz vernünftigen Grund habe, weil sich ein Minderjähriger immer eher zur Unterschrift eines mit der Eidesclausel versehenen Instruments, als zur wirklichen Ableistung eines körperlichen Eides verstehen wird. Daher aus diesen Gründen auch **Wernher**[35]) die entgegengesetzte Meinung wieder angenommen hat.

§. 459.

Die Restitution der Minderjährigen kommt zuweilen auch einem Dritten zu statten.

Die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt nun nicht nur den Minderjährigen selbst, sondern auch denen zu, welche in derselben Rechte eintreten

33) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXI. c. 13. FRANTZKIUS Lib. II. Resolut. I. Nr. 42. sqq. WERNHER Observat. for. T. I. P. III. Obs. 80. BERGER Oeconom. juris Lib. III. Tit. 15. Th. 15. Not. 8. nr. 3. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. II. Obs. 274. nr. 8. pag. 84. *Fratr.* BECMANNORUM Consilia cit. loc. pag. 445.

34) *L.* 3. *Cod. Si minor se maior. dixerit.*

35) Select. Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 26. nr. 15. sqq. Man sehe auch *Hub.* CIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 1. et Avth. Sacram. pub. Cod. Si adv. vend. STRYK Cautel. iuramentor. P. 2. Sect. 1. c. 3. nr. 36. und **Quistorps** angeführte Abhandlung.

ten[36]). Daher kann der Erbe eines Minderjährigen, als solcher, die Restitution in allen den Fällen verlangen, in welchen die Gesetze dem Erblasser diese Rechtswohlthat vergönnen, wenn gleich der Erbe für seine Person großjährig ist[37]). Aber auch der successor singularis, der z. B. von dem Minderjährigen eine Sache gekauft, oder sie von ihm zum Geschenk erhalten, oder dem er sie vermacht hat, kann insofern Namens des Minderjährigen die Restitution suchen, als dieser in Ansehung der Sache verletzt war, und er sie selbst hätte suchen können[38]). Ja es wird in diesem Falle nicht einmal eine besondere Cession für nöthig gehalten, quia beneficium restitutionis in integrum

36) *L. 6. D. de restitut. in integr.* Man sehe auch, was davon oben §. 443. vorgekommen ist.

37) *L. 18. §. 5. D. h. t.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 38. Offenbar geht jedoch COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu 8. zu weit, wenn er ohne Unterschied behauptet, daß dem Erben des Minderjährigen die Restitution auch dann zu statten komme, wenn gleich der Erblasser sich dieser Rechtswohlthat begeben hätte. Denn wenn gleich an sich nicht zu läugnen ist, daß dem Minderjährigen auch gegen eine aus Uebereilung geschehene Entsagung seiner Rechtswohlthaten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht würde haben versagt werden können; so sieht doch wohl ein jeder ein, daß der Erbe die die Restitution wenigstens alsdann vergeblich suchen würde, wenn der Minderjährige in seinem letztern Willen dem Erben, selbige zu suchen, ausdrücklich untersagt haben sollte, wie auch Herr Prof. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. b. sehr richtig erinnert hat.

38) *Sfort.* ODDUS in Tract. de restitut. in integrum P. I. Qu. 50. Art. 3. VOET ab h. t. Pand. §. 40. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 828.

tegrum cum ipsa re, in qua laesio facta est, successori quoque cessum praesumitur [39]).

Ob auch dem Bürgen des Minderjährigen die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten komme? ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Einige [40]) behaupten, sie müsse in der Regel bejahet, andere [41]), sie müsse verneinet werden. Vergleichen wir freylich die Gesetze des Römischen Rechts, so entscheiden sie diese Frage nicht auf gleiche Art. Denn ebenderselbe **Ulpian**, welcher es unbillig findet, den Bürgen des Minderjährigen an der Restitutionswohlthat Antheil nehmen zu lassen, wenn derselbe blos in Rücksicht auf das minderjährige Alter des Schuldners, und weil ihm der Gläubiger deshalb nicht trauen wollte, gut gesagt hat [42]); gesteht doch auch selbst

39) SCHMIDT Diss. de restitutione in integrum num sit beneficium reale an personale §. 7. et 8. und *Io. Pet. Car.* BLAUEL Diss. de restitutione in integrum minorum ex causa individua maioribus proficua. *Goetting.* 1779. Cap. I. §. 6.

40) *Em.* MERILLIUS Observat. Lib. IV. cap. 10. Dessen Meinung hat jedoch SCHMID cit. Diss §. 15. hinlänglich widerlegt.

41) *Iul.* PACIUS Ἐναντιοφάνων seu Legum conciliatar. Centur. II. Qu. 98. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. II. cap. 7. nr. 10. sqq. cap. 8. et 9. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXI c. 14. DOMPIERRE Specim. de Restitutionibus in integr. h. t. §. 82. et 83. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. Die Gründe dieser Meinung hat *Lud. Iul. Frid.* HOEPFNER in Diss. de effectu restitutionis in integrum quoad fideiussorem *Giessae* 1771. §. 24. et 25. sorgfältig geprüft, und gründlich widerlegt.

42) *L.* 13. *D. h. t.* In causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt; utputa

zu, daß zuweilen dem Bürgen des Minderjährigen die Restitutionswohlthat allerdings zu statten komme[43]); ja er führt selbst *lib.* 60 *ad Edictum*[44]) einen solchen Fall an, nämlich wenn ein Minderjähriger als Defensor vor Gericht gehandelt, und in dieser Qualität Caution wegen Erfüllung des rechtskräftigen Erkenntnisses durch Bürgen geleistet, nachher aber dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten hat. Hier sagt **Ulpian** ganz ausdrücklich: et ipsi et *fideiussoribus eius* per in integrum restitutionem succurritur. **Paulus**[45]) hingegen unterscheidet, ob der Minderjährige bey dem geschlossenen Handel betrogen worden (circumscriptus), und aus diesem Grunde dagegen die Restitution erhalten hat; oder ob er sich blos übereilt hat, (deceptus in re) und daher in Rücksicht seines Alters in den vorigen Stand gesetzt worden ist; und behauptet, daß dem Bürgen zwar in dem ersten Falle die exceptio doli zustehe, in dem letzten Falle hingegen die Restitution des Minderjährigen ihm nicht zu gute komme[46]).

Gera,

puta *fideiussoribus*. Itaque si cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo: non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri; sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa perpendendum erit Praetori, cui potius subveniat, utrum creditori, an fideiussori: nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subvenire: hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur.

43) *L.* 3. §. 4. *D. h. t.* wo es heißt: solet interdum auxilium Praetoris fideiussori minoris prodesse.

44) *L.* 51. *D. de Procurator.*

45) *L.* 7. §. 1. *D. de Except.*

46) **Paulus** sagt: Quodsi *deceptus* sit in re (sc. minor), tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, *nec fideiussori danda est exceptio.*

Gerade so reſcribiren auch die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian**[47]). Si ea, so lauten die Worte des Reſcripts, quae tibi vendidit poſſeſſiones interpoſito decreto Praeſidis, *aetatis tantummodo auxilio iuvatur*, non eſt dubium, *fideiuſſorem ex perſona ſua obnoxium eſſe contractui.* Verum ſi *dolo malo* apparuerit contractum interpoſitum eſſe: manifeſti iuris eſt, *utrique perſonae, tam venditricis, quam fideiuſſoris, conſulendum eſſe.* Um nun dieſe Geſetzſtellen mit einander zu vereinigen, ſo kommt es, nach der Meinung der meiſten Rechtsgelehrten[48]), darauf an, ob der Bürge für den Minderjährigen blos in Rückſicht auf das Alter deſſelben und zu dem Ende gut geſagt hat, damit der Gläubiger auf den Fall geſichert ſey, da ſich der Minderjährige etwa der Rechte ſeines Alters bedienen würde; oder ob derſelbe die Bürgſchaft für den Minderjährigen, nicht als ſolchen, ſondern ſo wie für einen jeden andern Schuldner, übernommen hat, ohne daß dabey von dem Alter deſſelben, und der ihm deshalb zuſtehenden Rechtswohlthat, die Frage war. In dem erſten Falle wird man es mit **Ulpian** ſehr billig finden, daß ſodann der Bürge haften müſſe, wenn der Minderjährige die Wieder-

47) *L. 2. Cod. de fideiuſſor. minor.*

48) *Ios. Fernand. de* RETES Opuſculor. Lib. I. cap. 8. nr. 9. ſqq. (in *Theſ. Meermann.* Tom. VI. pag. 45.) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. VIII cap. 3. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 39 *Ant.* SCHULTING in jurisprud. Anteiuſtin. ad PAULI *Sentent. recept.* Lib. I. Tit. 9. §. 6. not. 18. pag. 239. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. *Abr.* WIELING Lection. iur. civ. Lib II. cap. 12. pag. 159. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. L. II. cap. 12. pag. 250. HOEPFNER cit. Diſſ. §. 7. ſqq. SCHMID cit. Diſſ. §. 14. ſqq. u. a. m.

einsetzung in den vorigen Stand erhalten hat, ohne daß ihm diese zu statten kommen kann. Denn da der Bürge die persönliche Eigenschaft des Schuldners kannte, da er wußte, daß er blos in Rücksicht derselben zum Bürgen angenommen worden sey, so kann ihm folglich kein Regreß gegen den Schuldner zustehen, wenn er für ihn hat bezahlen müssen. Die Absicht der Gesetze, welche den Minderjährigen gegen allen Nachtheil gedeckt wissen wollen, kann daher unter diesen Umständen auf keine Art vereitelt werden. So wie nun aber der Regreß des Bürgen wider den minderjährigen Schuldner wegfällt, so kann auch dem erstern wider den Gläubiger keine Restitution zu statten kommen, weil er sich dieser Rechtswohlthat schon zur Zeit der übernommenen Bürgschaft dadurch ipso facto begeben hat, daß er wissentlich für einen Schuldner gut sagte, den der Gläubiger seines minderjährigen Alters wegen nicht trauen wollte. Der Bürge kann also hier schon darum auf Restitution keinen Anspruch machen, weil man ja unter diesen Umständen nicht sagen kann, daß er ohne seine Schuld verletzt sey. Es ist vielmehr billig anzunehmen, daß ein Bürge, welcher wissentlich für einen Schuldner gut gesagt hat, mit dem der Gläubiger sich in keinen Handel einlassen wollte, nur seine Person hauptsächlich habe verbindlich machen wollen, und daß er also die Bürgschaft animo donandi übernommen habe[49]). Aus diesem Grunde sagt daher **Ulpian** an einem andern Orte der Pandecten[50]); Si quis pro pupillo sine tutoris

49) S. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 113. S. 527. ff.

50) *L. 25. D. de fideiuss.* Diese Stelle ist, wie die oben angeführte *L. 13. D. h. t.* aus eben desselben Ulpians *libro XI.*

ris auctoritate obligato, prodigove vel furioso fideiusserit, magis est, *ut ei non subveniatur*, da doch sonst nach bekannten Verordnungen des Römischen Rechts die Ungültigkeit der Hauptschuld auch dem Bürgen zu statten kommen soll [51]). Von diesem ersten Falle müssen nun auch **Paulus**, und die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** verstanden werden, insofern sie in den oben angeführten Stellen dem Bürgen des Minderjährigen die Restitutionswohlthat absprechen. Jedoch haben beyde auch die sehr billige Ausnahme gemacht, wenn der Minderjährige um einer solchen Läsion willen restituirt worden ist, woran nicht sowohl die Flüchtigkeit seines jugendlichen Alters Schuld war, sondern die er durch den Betrug des Gläubigers erlitten hatte. Denn da Niemanden sein Dolus zum Vortheil gereichen darf, so hat sich auch der Gläubiger hierdurch des Regresses gegen den Bürgen unwürdig gemacht. In dem letztern Falle hingegen, da nämlich der Bürge ohne Rücksicht auf das minderjährige Alter des Schuldners gut gesagt hat, kommt demselben die Restitution des Minderjährigen eben so gut zu statten, wie jedem andern Bürgen die Exception des Hauptschuldners, weil sonst der Bürge seinen Regreß gegen den Minderjährigen nehmen könnte, und diesem folglich die erhaltene Restitution nichts helfen würde. Denn nur in jenem ersten Falle wird dem Bürgen das Recht der Schadloshaltung

XI. ad Edictum genommen worden, und beyde haben wahrscheinlich zusammen gehört, und sind daher auch mit einander zu verbinden, wie schon PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 19. pag. 136. gezeigt hat.

51) *L. 6. D. de Verbor. Obligat. L. 16. D. de fideiussor. L. 32. D. eodem. L. 19. D. de Except.*

gegen den Schuldner abgesprochen, weil sich der Minderjährige eben sowohl wider ihn, als gegen den Gläubiger, seiner Rechtswohlthat bedienen kann[52]). Man setze daher, ein Minderjähriger habe eine Erbschaft angetreten, und, als Erbe, den Erbschaftsgläubigern durch Bürgen Caution geleistet. Wenn hier der Minderjährige nachher gegen die geschehene Antretung der Erbschaft die Restitution erhält; so werden dadurch ohne Zweifel auch die Bürgen von ihrer Verbindlichkeit befreyet, weil sie die Bürgschaft für den Minderjährigen blos als Erben, und ohne Rücksicht auf das Alter desselben, übernommen haben[53]).

Hier entsteht nun aber die Frage, was im Zweifel zu vermuthen sey, wenn darüber gestritten wird, ob die Bürgschaft für den Minderjährigen, in Rücksicht auf die Rechtswohlthat seines Alters, oder ohne diese Rücksicht geschlossen worden sey? Auch dieses ist unter den Rechtsgelehrten nicht ausser Streit. Es ist indessen leicht einzusehen, daß

52) Ulpian sagt *L.* 13. *pr. D. h. t.* Unde tractari potest: minor in integrum restitutionem, utrum adversus creditorem, an et adversus fideiussorem implorare debeat? et puto tutius, *adversus utrumque.* Causa enim cognita, et praesentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt; und in der *L.* 1. *C. de fideiuss. minor.* heißt es: Postquam in integrum aetatis beneficio restitutus es, periculum evictionis emtore praestare non cogeris. Sed eares fideiussores, qui pro te intervenerunt, excusare non potest. Quare *mandati iudicio*, si pecuniam solverint aut condemnati fuerint, convenieris; *modo si eo quoque nomine restitutionis auxilio non iuvaberis.*

53) *L.* 89. *D. de acquir. vel omitt. hered.*

daß weder mit **Anton Faber**[54]) das leztere, noch mit **Donell**[55]), und **Vinnius**[56]) das erstere ohne Unterschied angenommen werden könne, sondern alles kommt vielmehr darauf an, ob das minderjährige Alter des Schuldners den Partheyen bekannt gewesen, oder nicht. In dem leztern Falle läßt sich nicht vermuthen, daß die Intercession in Absicht auf die Rechtswohlthat des Schuldners geschehen sey[57]). Denn hat der Gläubiger nicht gewußt, daß sein Schuldner noch minderjährig sey, so kann er die Absicht nicht gehabt haben, den Bürgen auf den Fall anzunehmen, wenn der Hauptschuldner die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten würde; und hat der Bürge von der Minderjährigkeit des Schuldners keine Wissenschaft gehabt; so läßt sich auch nicht annehmen, daß er in dieser Rücksicht fidejubirt habe. Es kommt daher auch meiner Einsicht nach nichts darauf an, ob der Bürge bey näherer Erkundigung von der Minderjährigkeit des Hauptschuldners hätte Wissenschaft erhalten können, oder nicht; denn war dem Gläubiger dieser Umstand allein bekannt, so lag es blos an ihm, sich über seine Absicht näher zu erklären, weil man sonst von jedem Bürgen vermuthen muß, daß er aus seiner Intercession nur eben so verbunden seyn

54) Conjectur. iur. civ. Lib. VIII. cap. 3. und in Cod. Definit. for. Lib. I. Tit. 13. Def. 1.

55) Commentar. iur. civ. Lib. XXI. cap. 14.

56) Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 11.

57) Man vergleiche hier vorzüglich HOEPFNER cit. Diss. §. 9. Schol. II. pag. 13. SCHMID cit. Diss. §. 24. und **Webers** systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 113. Not. 6. S. 530.

wolle, als der Hauptschuldner verbunden ist[58]). In dem erstern Falle hingegen tritt die Vermuthung gegen den Bürgen ein, insofern nicht aus den Umständen des geschlossenen

58) SCHMID cit. Diss. §. 25. ist zwar anderer Meinung; er glaubt, wenn der Bürge das minderjährige Alter des Schuldners hätte wissen können, so müsse er haften, und könne sich mit der Unwissenheit nicht entschuldigen. Eben dies scheint auch die Meinung des *Gr.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 119. zu seyn. Allein die *L.* 9. § 2. *D. de iuris et facti ignor.* redet nur von einer summa negligentia. Quid enim, sagt Paulus, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Nur unter dieser Einschränkung soll ignorantia facti schaden. Es würde also doch immer ein solcher Fall geachtet werden müssen, wo der Gläubiger sowohl, als der Minderjährige, es als notorisch voraussetzen konnten, daß auch der Bürge das wissen werde, was Jedermann bekannt war. Wenn nun gleich die von SCHMIDT angeführte *L.* 19. *pr. D. de Reg. iur.* sagt, man solle sich, wenn man mit Jemand ein Geschäft schliessen will, vorläufig darum bekümmern, was das für ein Mann sey, mit dem man sich einlassen will; so kann doch dies auf unsern Fall darum nicht angewendet werden, weil es hier der Bürge mit dem Gläubiger zu thun hat. Mit mehrerem Grunde kann sich der Bürge auf den Ausspruch des Neratius berufen, welcher *L.* 5. §. 1. *D. Pro suo* sagt: in alieni facti ignorantia tolerabilis error est; wenn man zumal damit die *L.* 2. §. 15. *D. pro emtore* vergleicht, und erwägt, daß man es einem Menschen nicht immer gleich ansehen kann, ob er noch minderjährig ist. S. *L.* 48. §. 1. *D. de Fideiuss.* CUJACIUS ad PAULI *Recept. Sent.* Lib. I. Tit. 9. not. 17. (in SCHULTING *iurispr. Antejust.* pag. 239.) WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disp. XIV. §. 16. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora Exerc. VI. §. 8. und *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 24. nr. IV.

senen Geschäfts das Gegentheil erhellet, obgleich der Umstand allein, daß der Minderjährige verschwenderisch ist, oder auch kein genugsames Vermögen besitzt, mir noch nicht hinreichend zu seyn scheint, um mit **Höpfner** zu behaupten, daß die Bürgschaft nicht sowohl wegen des Alters, als vielmehr auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners geschehen sey. Denn von dem Gläubiger ist hier immer zu vermuthen, daß er propter incertum aetatis ac restitutionis, wie Papinian[59]) sagt, mehr auf den Bürgen, als auf den Minderjährigen gesehen habe, und der Bürge mag es sich selbst zuschreiben, daß er wissentlich für einen Minderjährigen gut gesagt hat[60]).

Wie wenn der Bürge Erbe des Minderjährigen wird, kommt ihm hier nicht wenigstens, als Erben, die Restitutionswohlthat wegen des Alters seines Erblassers zu? **Vinnius**[61]) findet kein Bedenken, dieses zu behaupten. Denn daß dem Erben des Minderjährigen die Rechtswohlthat seines Erblassers zusteht, ist bekannt; eben so gewiß ist es, daß eine Confusion eintritt, wenn der Bürge des Schuldners Erbe wird[62]). Hierdurch muß also die persönliche Verbindlichkeit des Bürgen, als Bürgen, aufhören. Denn er wird nun der Hauptschuldner selbst, und kann also nicht zugleich Bürge seyn. Es steht ihm folglich

59) *L. 48. §. 1. D. de Fideiussor.* S. POTHIER Pandect. Iustin. T III. Tit. de fideiussoribus nr. LVII. not. b. pag. 340.

60) PAULUS *Sent. Recept.* Lib. I. Tit. 9. §. 6. sagt daher: Qui *sciens prudensque* se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur. Man sehe auch NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 119.

61) Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 11.

62) *L. 5. D. de fideiussor. L. 93. §. 2. D. de Solut.*

lich nichts mehr im Wege, um sich die Restitutionswohlthat seines Erblassers zu Nutze zu machen. Eben dies bestätiget auch **Papinian**[63]) ausdrücklich, wenn er sagt: auxilium restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit. Allein, wenn auch gleich **Lauterbach**[64]) und **Westenberg**[65]) dieser Meinung Beyfall geben, so ist sie dennoch nicht schlechthin anzunehmen. **Papinian** selbst sagt, das bekannte Rechtsaxiom, daß die accessorische Verbindlichkeit des Bürgen erlösche, wenn derselbe des Schuldners Erbe geworden ist, sey nur dann wahr, wenn die Hauptverbindlichkeit des Schuldners vollkommen wirksam und klagbar ist[66]). Die Regel leidet also eine Ausnahme, wenn der Bürge

63) *L.* 65. §. 3. *D. de Solut.*

64) Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 20.

65) Princip. iur. sec. ord. Pandect. h. t. §. 24. nr. III.

66) Papinians Worte lauten in der *L.* 95. §. 3. *D. de Solut.* folgendermassen: Quod vulgo iactatur: *fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari:* toties verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur; nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur. Cujaz will zwar Observat. Lib. XI. cap. 34. nach Anleitung der Basiliken (apud FABROT. Tom. IV. pag. 163.) die letztern Worte dahin ändern: Nam si reus *natura* duntaxat fuit obligatus, fideiussor *non* liberabitur; es hat auch diese Lesart wirklich nach dem ganzen Inhalt der Stelle viel Wahrscheinlichkeit für sich; daher sich vorzüglich *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendat. Lib. I. cap. 20. hat angelegen seyn lassen, die Meinung des Cujaz ausführlich wider dessen Gegner zu vertheidigen. Allein daß hier dennoch keine Emendation des Textes nöthig sey, sondern die Stelle einen ganz richtigen Sinn habe, wenn man auch die Worte des Gesetzes unverändert läßt, hat *Abrah.*

WIE-

Bürge sich auf eine solche Art verbindlich gemacht hat, daß der Gläubiger ein wirksameres Recht gegen ihn, als gegen den Hauptschuldner selbst, erhalten hat. Denn hier würde es unbillig seyn, wenn der Gläubiger nun gleichwohl den Bürgen nur als Erben des Hauptschuldners behandeln, folglich sein vorzüglicheres Recht, das er gegen ihn als Bürgen hatte, aufgeben, und sich jetzt wieder eben diejenigen Einreden des Hauptschuldners müßte gefallen lassen, in deren Rücksicht er sich durch die Bürgschaft sicher zu stellen gesucht hat[67]). Dies ist nun gerade der Fall bey einem solchen Bürgen, der für einen Minderjährigen in Absicht auf die demselben zustehende Rechtswohlthat seines Alters gut gesagt hat. Hier würde dem Bürgen, wenn er sich als Erbe des Hauptschuldners die Rechtswohlthat desselben zu Nutze machen wollte, die Replik des Betrugs mit vollkommenem Grund entgegen gesetzt werden können[68]). Zwar

WIELING in Lection. iur. civ. Lib. II. cap. 12. pag. 160. gezeigt.

67) Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 128. S. 614. f.

68) Man kann auch hier anwenden, was Papinian *L.* 3. *pr. D. de Separat.* in dem umgekehrten Falle, da nämlich der Hauptschuldner des Bürgen Erbe geworden ist, sagt: Neque enim ratio iuris, quae causam fideiussionis, propter principalem obligationem, quae maior fuit, excluſit, damno debet adficere creditorem, *qui sibi diligenter prospexerat;* und VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 39. hat ganz Recht, wenn er sagt: *ideoque vel ad exemplum illius casus, qui est in d. L.* 3. *separationis petendae licentia creditori indulgenda foret, non ita quidem, ut bona, sed magis, ut causa defuncti et heredis separetur, et eo cuncta liebeantur loco, quasi confusio per additionem facta non esset,*

Zwar sagt freylich **Papinian**[69]), daß man darum noch nicht gleich die Verbindlichkeit des Bürgen als fortdauernd annehmen könne, weil dem Hauptschuldner nach seinen persönlichen Verhältnissen die Rechtswohlthat der Restitution zustand. Ja er gedenkt des Falles ganz ausdrücklich, da der Hauptschuldner noch minderjährig war, und der Bürge desselben Erbe geworden ist; und behauptet, daß dem Bürgen, als Erben des Minderjährigen, diejenige Rechtswohlthat nicht versagt werden könne, welche dem Schuldner bey seinem Leben selbst zugestanden haben würde. Allein er setzt ausdrücklich voraus, daß der Bürge sich ohne alle Rücksicht auf das minderjährige Alter des Schuldners verbindlich gemacht habe. Denn hier würde die Restitution dem Bürgen zu statten gekommen seyn, wenn auch der Schuldner am Leben geblieben, und also der Bürge nicht sein Erbe geworden wäre.

Zu-

69) Die Worte sind: E contrario non potest dici, non tolli fideiussoris obligationem, *si debitor propriam et personalem habuit defensionem:* nam si *minori viginti quinque annis* bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit, *herede fideiussore*, difficile est dicere, *causam iuris honorarii*, quae potuit auxilio minori esse, *retinere fideiussoris obligationem*, quae principalis fuit, et cui fideiussoris accessit *sine contemplatione iuris Praetorii*: auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit. Die Critic hat zwar auch bey diesen Worten manches zu verbessern gefunden. Man vergleiche z. B. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. VIII. cap. 4. *Elb.* LEONINUS Emendation. Lib. I. cap. 3. *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendat. Lib. I. cap. 20. Allein daß auch hier keine Aenderung nöthig sey, haben WIELING c. I. pag. 162. sqq. und HOEPFNER cit. Diss. §. 31—34. gezeigt.

Zuweilen kommt die Restitution des Minderjährigen auch einem Dritten zu statten, ob er gleich kein successor desselben ist, und sie auch für seine Person nicht suchen könnte. Dies ist der Fall,

1) wenn der Gegenstand derselben untheilbar ist, das ist, eine solche Sache betrift, die den Dritten eben so gut, wie den Minderjährigen, angehet, und so beschaffen ist, daß der letztere den Vortheil der Restitution nicht genieſſen würde, wenn sich die Wirkung derselben nicht auch auf den volljährigen Theilnehmer erstreckte[70]). Z. B. ein Minderjähriger besitzt mit einem Volljährigen ein gemeinschaftliches Grundstück, dem eine Realservitut zusteht. Die Besitzer erlassen diese Servitut dem dienstbaren Grundstück, oder sie verlieren ihr Recht durch Nichtgebrauch. Wenn hier der Minderjährige gegen diesen Verlust die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhält, so kommt sie wegen der Untheilbarkeit ihres Gegenstandes auch dem großjährigen Mitbesitzer zu gute[71]). Hätten hingegen beyde ein theilbares Interesse, so daß der Minderjährige auch ohne den volljährigen Consorten der Restitution vollkommen theilhaftig werden könnte; so kommt sie dem letztern nicht zu statten[72]). Man setze also, zwey Brüder hätten sich wegen

70) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Pet. Car.* BLAUEL Diss. de restitutione in integrum minorum ex causa individua maioribus proficua. *Goett.* 1779. und SCHMID Diss. de restitutione in integr. num sit beneficium reale an personale §. 28—32.

71) Dies lehrt die Analogie der *L. 10. pr. D. quemadmod. servitut. amitt. L. 17. D. de Servitut. L. 72. pr. D. de Verbor. Obligat.*

72) *L. un. Cod. Si in commun. ead. causa. in integr. restitut. post. L. 2. Cod. Si unus ex plurib. appellav.* SCHMID cit. Diss. §. 30.

gen der noch ungetheilten väterlichen Erbschaft mit einem Dritten verglichen; der minderjährige habe aber nachher in Ansehung seines Antheils die Restitution erhalten, so hilft diese dem volljährigen Bruder nichts, weil hier der Gegenstand theilbar ist[73]).

2) Wenn ein Minderjähriger sich den Geschäften eines Großjährigen ohne Auftrag unterzogen, und denselben dadurch in Schaden gebracht hat; so kann letzterer verlangen, daß der Minderjährige entweder selbst gegen seine Handlungen Restitution suche, oder ihn zu diesem Gesuch bevollmächtige[74]). Hätte der Volljährige dem Minderjährigen zur Besorgung seiner Geschäfte Auftrag ertheilt, so würde der Schade auf den Gewaltgeber allein zurückfallen, ohne hier auf die Wiederherstellung des Minderjährigen dringen zu können[75]).

73) Man sehe LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 19. LEYSER Specim. LXI. med. 10. *de* WERNHER Sel. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 112.

74) *L. 24. pr. D. h. t.* Siehe oben §. 443. S. 460.

75) *L. 23. D. h. t.* SCHMID cit. Diss. §. 9. et 10.

Berichtigungen.

S. 315. Sind über die Rechtswohlthat der Vorausklage und Theilung bey Vollmachten der Gemeinden nachzusehen Hrn. Hofr. Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceß (Bamberg 1799.) Nr. XIII.

S. 339. Not. 18. ist *L. 17. §. 4. D. de instit. act.* und statt malu vielmehr *malum* zu lesen.

S. 446. Z. 5. von unten muß heißen aus der Natur der Sache.

S. 471. Z. 3. von unten ist zu lesen: die Androhung oder wirkliche Zufügung eines Uebels.

Verzeichnis
juristischer Bücher,

welche der Verleger dieses Buchs theils selbst verlegt, theils in Commission hat, und bey ihm gleichwie in allen soliden Buchhandlungen zu haben sind.

Abicht, J. H. die Lehre von Belohnung und Strafe, in ihrer Anwendung auf die bürgerliche Vergeltungsgerechtigkeit überhaupt und auf die Kriminalgesetze insbesondere, wie auch auf Moral, Theologie und Erziehungswissenschaft, 2 Bände. gr. 8. 1796—97. 5 fl. — 3 Rthl 8 ggr

Auszug aus der Preußl. Gerichtsordnung und dem Landrechte, das Militär betreffend. Ein Handbuch für das preuss. Militär, Beamten und Unterthanen. 8. 1798. 45 kr — 12 ggr

Bensens, Heinr. Versuch eines systemat. Grundrisses der reinen und angewandten Staatslehre für Kameralisten, 1ste Abtheil. die Encyclopädie enth. gr. 8. 1798. 40 kr — 10 ggr

— desselben 2te Abtheil. die Policeywiss. enth. gr. 8. 1799. 54 kr — 14 ggr.

— desselben 3te und lezte Abth. die Staatswirthschaft enthaltend.

Ist unter der Presse, und wird in wenigen Wochen fertig.

— de fundamento poenarum capitalium tam hist. quam philosophica spectato Commentat. jurid. 8. maj. 1796. 20 kr — 5 ggr

— de naturali disciplinarum ad oeconomiam publ. spectant. cohaerentia. 8 maj. 1798. 8 kr — 2 ggr

Beyträge zur Geschichte der deutschen Justizpflege. 4 Stücke. 4. 1788—89. 2 fl. 40 kr — 1 Rthl 16 ggr

Böll, Carl, Grundsätze der in Deutschland geltenden Rechte, in Schreiben an einen jungen Herrn von Stande. 8. 1780. 24 kr — 6 ggr

— processus germaniae civilis communis theoria. 8. 1780. 24 kr — 6 ggr

Dorn, J. C. Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts. gr. 8. 1794. 2 fl — 1 Rthl 8 ggr

Eggloffstein, Graf von, über eigenmächtige Exemtionen Reichsritterschaftl. Mitglieder. gr. 8. 1794. 30 kr — 8 ggr

Elsässer, C. F. Theorie der Kanzleypraxis. 8. 1782. 30 kr — 8 ggr

— vermischte Beyträge vorzüglich zum Canzleywesen, eine Fortf. der jurist. Beobacht. von Gmelin und Elsässer. gr. 8. 1783. 1 fl — 16 ggr

Entwickelung des Begrifs unstandsmäßiger Ehen, hauptsächlich der deutschen Reichsstände aus deutschen Gewohnheiten und Gesetzen. 4. 1781. 1 fl — 16 ggr

Entwurf, tabellarischer, von gerichtlichen Klagen, woher solche entspringen, wider wen sie gehen, und worauf sie zu richten. Fol. 1786. 30 kr — 8 ggr

Erbe, C. F. rechtliche Abhandl. über den Hofdiebstahl. 4. 1775. 12 kr — 3 ggr

Fischer, I. F. comment. jurid. historiam portionis matricularis collectarum Imp. Seren. Dom. Saxon. explicans. 4. 1776. 30 kr — 8 ggr

Geigers, Joh. Burk. und C. F. Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrheit, 2 Thle. gr. 8. 1792 — 1794. 2 fl 12 kr — 1 Rthl 10 ggr

Glücks, C. F. ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar. 1 — 5r Band. gr. 8. 12 fl — 7 Rthl 12 ggr

— die Zusätze und Verbesserungen besonders aus der 2ten Auflage des 1sten Bandes für die Käufer der 1sten Auflage. gr. 8. 1798. 30 kr — 8 ggr

— Opuscula juridica, 4 fasciculi. 8. maj. 1785 — 90. 4 fl 30 kr — 3 Rthl

Gmelin, Christ., über die Präjudicialklage de partu agnoscendo. gr. 8. 1781. 24 kr — 6 ggr

Häberlins, C. F. Anmerkungen über Gemmingens Schrift, den deutschen Fürstenbund betreffend. 4. 1786. 12 kr — 3 ggr

— Materialien und Beyträge zur Gesch. den Rechten und deren Litteratur, 3 Stücke. 8. 1784 — 1786. 1 fl 30 kr — 1 Rthl

Hallacher, E. F. principia iuris rom. de praescriptione criminali junctis cogitatis nonnullis de abrogat. ejus suadenda. 4. 1788. 15 kr — 4 ggr

Haltaus, Chr. Gottl. Jahrzeitbuch der Deutschen des Mittelalters, in einer freyen Ueberfetzung mit vielen Zusätzen und Berichtigungen aus ältern und neuern Zeiten. 4. 1797. 2 fl — 1 Rthl 8 ggr

Hamm,

Hamm, I. F. de ſtatutorum colliſione et praeferentia in cauſſis ſucceſſionum ab inteſtato. 8. maj. 1792. 30 kr — 7 ggr

Haſelberg, D. G. P. de confirmatione caeſarea pactorum confraternitatis 4. 1792. 12 kr — 3 ggr

Hauß, E. A. Verſuch über den rechtl. Werth des Gerichtsgebrauchs ſowohl an den teutſchen Territorial- als höchſten Reichsgerichten. 8. 1798. 24 kr — 6 ggr

Hornberger, J. P. Grundſätze der Cameralrechnungsführung, mit 13 Tabellen erläutert. gr. 8. 1796. 1 fl 45 kr — 1 Rthlr. 4 ggr

Huchs, Fr. Aug. Verſuch einer Litteratur der Diplomatik, 2 Thle. gr. 8. 1792. 2 fl — 1 Rthlr 8 ggr

Iaeger, C. F. diſſ. jurid de emphyteuſi ſalinaria praeſertim Halae Suevor. obtinente 4. 1760. 8 kr. — 2 ggr

Kephalides, Conſ. de alienatione fidei commiſſorum familiae vel ſine conſenſu liberorum poſtea procreatorum licita. Diſſ. jur. 4. 1794. 30 kr — 8 ggr

Kleinſchrod, G. A. Abhandlung vom Wilddiebſtahl, deſſen Geſchichte, Strafe und Gerichtsſtand. gr. 8. 1700. 30 kr — 8 ggr

— ſyſtemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, nach der Natur der Sache und der poſitiven Geſetzgebung, 3 Theile, 2te vermehrte und verbeſſerte Ausgabe. gr. 8. 1799. 4 fl 30 kr — 3 Rthlr

Dieſe 3 Theile werden nicht vereinzelt.

— deſſelben 2r u. 3r Theil der 1ſten Aufl. gr. 8. 1795 — 1796. 2 fl 12 kr — 1 Rthl 10 ggr

— die Zuſätze und Verbeſſerungen aus der neuen Ausgabe für die Käufer der 1ſten Aufl. beſonders abgedruckt. 8. (Unter der Preſſe).

— Abhandlungen aus dem peinlichen Recht und peinlichen Proceß, 1r u. 2r. Band. gr. 8. 1797 — 1798. 3 fl — 2 Rthl

Klübers, J. L. kleine juriſtiſche Bibliothek oder ausführliche Nachrichten von kleinen juriſt. Schriften, mit unpartheiiſchen Prüfungen, 1—268 Stück. gr. 8. 1784 — 1794. 10 fl 24 kr — 6 Rthl 12 ggr

jedes Stück einzeln 24 kr — 6 ggr

— Verſuch über die Geſchichte der Gerichtslehen, mit einigen Urkunden, gr. 8. 1785. 30 kr — 8 ggr

— ſyſtematiſcher Entwurf der kaiſ. Wahlkapitulation. gr. 8. 1790. 20 kr — 5 ggr

— Acten zum Gebrauch ſeines praktiſchen Collegiums, 4 Stücke. Fol. 1791. 1 fl — 16 ggr

Klü-

Klübers, J. L. neueste Litteratur des deutschen Staatsrechts, oder 4ter Theil zu Pütters Litteratur des Staatsrechts. gr. 8. 1792. 3 fl — 2 Rthl

— de pictura contumeliosa. 4 maj. 1787. 20 kr — 5 ggr

— de nobilitate codicilari. 4. 1788. 30 kr — 8 ggr

— isagoge in elementa juris publ. quo utuntur nobiles immediati in Imp. rom. germ. 8. maj. 1793. in Commission. 45 kr — 12 ggr

Kölle, H. C. E. Grundsätze des gemeinen deutschen und preuss. Criminalrechts. 8. 1796. 36 kr — 9 ggr

Krafts, C. A. practische Anmerkungen über den Concursproceß. gr. 8. 1786. 2 fl 15 kr — 1 Rthlr 12 ggr

— juristisch-practisches Wörterbuch mit Beweißstellen aus den Reichsgesetzen, wie auch Land- und Stadtrechten, oder neue umgearbeitete Auflage des Schottischen juris. Wörterbuchs. gr. 8. 1793. 1 fl 30 kr — 1 Rthl

Lammers, J. W. F. Erörterung der Frage: ob die Renunziation auf die Erbschaft überhaupt von der Collationsverbindlichkeit befreye? 8. 1795. 8 kr — 2 ggr

Litteratur, neueste juristische von Gmelin und Elsässer, vom Jahr 1777. bis 1780. jeder Jahrg. in 2 Bänden. 8. jeder Band 1 fl 12 kr 18 ggr

compl. 9 fl 36 kr — 6 Rthl

— dieselbe von der Erlang. Juristen Fakultät fortgesezt vom Jahr 1781 — 1784. 8. Jeder Jahrgang in 4 Stücken, jedes Stück 36 kr — 9 ggr

compl. 9 fl 36 kr — 6 Rthl

Maders, Joh. Reichsritterschaftl. Magazin, 13 Bände. 8. 1781 — 1786. jeder Band 2 fl — 1 Rthl 8 ggr

compl. 26 fl — 17 Rthl 8 ggr

Malblanc, I. F. opuscula ad jus criminale 8. maj. 1793. 45 kr — 12 ggr

— Abhandlungen aus dem Reichsstädtischen Staatsrecht. gr. 8. 1793. 54 kr — 14 ggr

Mohl, C. F. und J. A. Ortloffs 2 Preißschriften über die Frage: wie können die Vorurtheile, welche durch das Wandern der Handwerksgesellen möglich sind, befördert und die dabey vorkommenden Nachtheile verhütet werden? 8. 1799. jede einzeln 30 kr — 8 ggr

Natur- u. Völkerrecht zum Unterricht Kayser Josephs II. von einem großen Staatsminister (Herrn von Bartenstein). gr. 8. 1790. 1 fl — 16 ggr

Ortloff, Joh. Andr. über den Einfluß der stoischen Philosophie auf die römische Jurisprudenz. Eine philosoph. juris. Abhandlung. 8. 1797. 24 kr — 6 ggr

Palms,

Palms, Joh. Jac. Handbibliothek der juriſtiſchen Litteratur, mit Preißen und einem Materien-Regiſter. 8. 1791. 2 fl 1 Rthl 8 ggr

Pfaums, M. Entwurf einer neuen peinlichen Geſetzgebung. gr. 8. 1793. 1 fl 45 kr — 1 Rthl 4 ggr

Pütters Litteratur des deutſchen Staatsrechts 4ter Theil ſiehe Klüber.

Rehmann, J. C. vom gerichtlichen und auſſergerichtlichen Verfahren in Rechnungsangelegenheiten. 4. 1789. 1 fl 45 kr — 1 Rthl 4 ggr

— von Einrichtung und Führung des Cammeralrechnungsweſens und richtiger Aufſtellung der Rechnungen, oder 2ter practiſcher Theil des vorhergehenden Buches. 4. 1791. 4 fl — 2 Rthl 16 ggr

— Etwas über das römiſche Recht. 4. 1788. 8 kr — 2 ggr

— Vorſchläge zu einer allgemeinen Reichsritterſchaftl. Brandaſſecurationsgeſellſchaft. 4. 1789. 24 kr — 6 ggr

Reider, El. A. de, de juribus capitulorum eccleſiarum Metrop. et cathedral. in Germania ſede vacante praecipue de eorum jure monetando. 4 maj. 1794. 45 kr — 12 ggr

Rudolphi, I. C. nova commentatio de codice canonum quem Hadrianus P. R. Carolo M. dono dedit. 8. 1778. 24 kr — 6 ggr

— I. A. Comment. de jure reinfeudandi beneficia imperio aperta ſive majora durante interregno 8. maj. 1794. 8 kr. — 2 ggr

Samhaber, I. B. M. Al. de univerſali judicis directorio in Auguſtis, Camerae Imper. trib. per utriusque praefidiis conſortium referipto. 4. 1792. 24 kr — 6 ggr

— de ſtatu et nominibus militarium in Germania. 8. maj. 1794. 12 kr — 3 ggr

Sand, J. Fr. Vorſchläge zur Verbeſſerung der allgemeinen Policeygeſetze, der Wuth der Hunde am ſicherſten vorzubeugen. 8. 1798. 12 kr — 3 ggr

Schotts, Joh. Ludw. Vorbereitung zur juriſt. Praxis, beſonders in Rückſicht auf die Schreibart in rechtlichen Geſchäften. gr. 8. 1784. 1 fl 15 kr — 20 ggr

— juriſt. practiſches Wörterbuch, als Anhang zur juriſtiſchen Praxis. Neue ganz umgearbeitete und vermehrte Ausgabe von S. A. Kraft. gr. 8. 1793. 1 fl 30 kr — 1 Rthl

— C. F. Diſſertationes juris naturalis, edid. A. L. Schott. 2 tomi. 8. 1784. 2 fl — 1 Rthl 8 ggr

Schubert, M. Z. hiſt. Verſuch einer Geſchichte über die geiſtliche und weltliche Staats- und Gerichtsverfaſſung

sung des Hochstifts Bamberg, m. Kupf. gr. 8. 1790. 1 fl 15 kr — 20 ggr

Seger, I. T. opuscula juris universi et historiae. edid. I. L. Klüber 8. maj 1789. 1 fl 15 kr — 20 ggr

Seiler, G. C. F. vindiciae potestatis camerae imperialis supremae decernendi commissiones ad integram causam. 4. 1794. 40 kr — 10 ggr

Spieß, P. E. Geschichte des Kaiserl. 9jährigen Bundes vom J. 1535—1544. gr. 4. 1788. 2 fl 15 kr — 1 Rthl 12 ggr

Stein, G. J. Versuch einer theoret. praktischen Abhandlung über die Lehre des römischen Rechts vor pflichtwidrigen Testamenten und den Rechtsmitteln wider dieselben. gr. 8. 1798. 1 fl — 16 ggr

Stephani, Heinr. Anmerkungen zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre 8. 1797. 30 kr — 8 ggr

— Grundlinien der Rechtswissenschaft, oder das sogenannte Naturrecht. gr. 8. 1797. 1 fl 4 kr — 16 ggr

Strampfer, G. W. von der Intestaterbfolge nach positiven u. natürlichen Rechten. gr. 8. 1795. 15 kr — 4 ggr

— vom Hutrecht. Eine juristisch-kameralistische Abhandlung. 8. 1799. 12 kr — 3 ggr

Ueber Erbschaftssteuer und lachende Erbengebühr, nach Grundsätzen teutscher Provinzialrechte, mit einer Vorrede über diesen Gegenstand von J. L. Klüber. 8. 1790. 12 kr — 3 ggr

Ulmenstein, F. W. von, Versuch einer kurzen systemat. und histor. Einleitung in die Lehre des deutschen Staatsrechts von Steuern und Abgaben reichsständischer Unterthanen und dem Steuerrecht der Reichsstände. gr. 8. 1795. 1 fl — 16 ggr

Völderndorf, C. F. W. von, Etwas von Nachlaßverträgen (de pactis remissoriis) gr. 8. 1788. 45 kr — 12 ggr

— Ursula Ungerin, ein Gegenstück von Christ. von Wangenheim, eine Geschichte über Bosheit und Laster, aus gerichtl. Acten und Originalurkunden. 8. 1788. 24 kr — 6 ggr

K
G5675A8
Th.5
Abth.1

Glück, Christian Friedrich von
Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 10 06 03 10 011 9